Kritik der allgemeinen Grundlagen

und

Grundbegriffe des Rechts.

Eine rechtsphilosophische Skizze.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

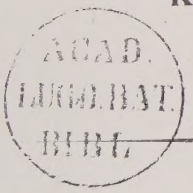
zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Karl Weiss

aus Hasloch a. M.



Würzburg.

Druck von Drescher & Reichart.

1905.

Referent: Herr *Prof. Meurer.*

Meinen

LIEBEN ELTERN

dankbaren Herzens

gewidmet.

Plan der Abhandlung.

§ 1. Alles Recht stammt von Menschen, ist ein Produkt des menschlichen Geistes.

§ 2. Das Recht ist ein Produkt der menschlichen Gesellschaft, es erfordert eine Vielheit von Personen, die räumlich und zeitlich zusammenleben.

§ 3. Die Stellung des Rechts zu Religion, Philosophie und anderen Produkten der menschlichen Gesellschaft, deren gemeinsames und verschiedenes.

§ 4. Alles Recht besteht für die Menschen und ausschliesslich zwischen ihnen.

§ 5. Das Recht ist eine Beschränkung der Willensfreiheit des Einzelnen, zu seinen wie der Rechtsgenossen Gunsten.

§ 6. Darstellung und Kritik des subjektiven Rechts.

§ 7. Der Anspruch.

§ 8. Die äussere Erscheinung des Rechts.

§ 9. Über die allgemeine Rechtseinteilung.

Schlussbemerkung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507206_0056

Kritik der allgemeinen Grundlagen und Grundbegriffe des Rechts.

§ 1. **Alles Recht stammt von Menschen, ist ein Produkt des menschlichen Geistes,** nicht der robusten, physischen Kraft, die nur Tatsachen und Zustände hervorzubringen vermag.

Die zwei Tafeln, welche Moses auf dem Berge Sinai vom Gotte Israels erhalten hat, die Mythen, in denen ein Gott dem einfachen Menschen der prähistorischen Zeit mit Gesetzen hilfsbereit zur Seite stand, müssen wir, jene ersten den Theologen, die andern dem Kulturhistoriker überlassen. Alle diese altersgrauen Ueberlieferungen haben für den Juristen keinen dogmatischen, sondern nur rechtsgeschichtlichen Wert; sie führen uns in jenen unzerreissbaren Nebel der Vorzeit, in dem Recht, Religion und Philosophie bei den Priestern in einander vermengt ruhten und in geheimnisvollem Schauer, Achtung und Glauben heischten.

Oder ist uns das Recht angeboren von des Menschen Natur aus? haben wir etwa den Begriff des Rechts a priori in uns? Fast möchten wir dem unbedingt zustimmen, wenn wir Recht — Unrecht erkenntnistheoretisch gleich Gut und Böse in Anwendung der teleologischen Auffassung nehmen. Die Naturlehre, insbesondere die Resultate der Forschung von Lamarck, Darwin und anderen bestätigen vom geringsten bis zum höchsten Lebewesen, dass das Kriterium von Gut und Böse in jenem teleologischem Sinne allem Leben innewohnt [1]). Aber deckt sich denn der Begriff des Rechts vollständig mit dem jenes blossen Unterscheidungsvermögens? Gewiss nicht, jenes

[1]) Man wird unwillkürlich erinnert an eine Stelle Ulpians Dig. I. 1, 1, 3. Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenium cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censeri. — Aehnlich Just. Inst. I. 2. pr.

(a priori) in uns liegende Unterscheidungsvermögen ist zwar unbedingt notwendig zur Rechtsbildung, jedoch an sich wäre dieses allein ein gesellschaftsfreies Einzelkönnen ohne besonderen Inhalt, dem Recht also zum ersten seine Stellung als Produkt der Gesellschaft, zum andern überhaupt sein Inhalt genommen.

Selbst wenn[1]) also auch Gut und Böse als Kriterium von Recht und Unrecht absolute Qualitäten sind, d. h. a priori in uns liegen, so haben wir doch nur einen Begriff, eine leere Form, der wir erst den Inhalt geben müssen[2]); erst dieser Inhalt ist das Recht, ein Produkt menschlichen Geistes.

§ 2. **Das Recht ist ein Produkt der menschlichen Gesellschaft, es erfordert eine Vielheit von Personen, die räumlich und zeitlich zusammenleben.** Ein auf eine einsame Insel verschlagener Mensch könnte nie nach Rechtsgrundsätzen leben, auch wenn er in mancher Hinsicht versuchte nach den Gesetzen seiner Heimat zu leben. Er brächte höchstens eine Selbstbeschränkung zu wege, welche jedoch nicht ein Recht sein könnte, da dieses Einzelbeschränkung in Rücksicht auf die anderen Rechtsgenossen erfordert. Ebensowenig entstünde Recht, wenn jener etwa aus Furcht zu animistischen Vorstellungen Zuflucht nähme[3]).

Erst eine Mehrheit von Personen bringt das Recht zum Entstehen und Bestehen[4]). Andererseits ist aber auch keine Mehrheit ohne Recht denkbar, sofort mit ihr muss Recht entstehen. Nahezu selbstverständlich ist es, dass sich diese Mehrheit von Personen in einem gegenseitig erreichbaren Macht- und Willensbereiche befindet; ein diesem Machtkreis Entrückter scheidet notwendig aus der Rechtsgenossenschaft aus. Auch zeitlich müssen die Individuen zusammenleben, damit zwischen ihnen Recht bestehe. Die rechtliche Beachtung der Leibesfrucht in manchen Fällen, sowie die des Willens Verstorbener widersprechen dem nicht. In ersterer wird, unterstützt durch praktische Gründe das schon vorhandene menschliche Leben,

[1]) Zu der philosophischen Frage, o b diese Qualitäten a priori in uns wohnen, oder nicht, wird in diesem § keine Stellung genommen.

[2]) Stammler, Wirtschaft und Recht, S. 184: „Es gibt keinen einzigen Rechtssatz, der seinem positiven Inhalt nach a priori feststände."

[3]) Vgl. Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. XIV, Recht und Prozess, S. 6 folgde. (Anm.)

[4]) Kohler ebenda: „Für ein einzelnes Subjekt kann ebensowenig eine Rechtsordnung bestehen als . . . . . Wo keine Rechtsordnung, da ist zwar Genussmöglichkeit — eine vielleicht schrankenlose Genussmöglichkeit, aber keine vom Recht beherrschte Genussmöglichkeit, kein Recht. Daher ist also Coexistenz Voraussetzung der Rechtsordnung und damit auch die Voraussetzung des Einzelrechts.

das nur noch der Vollendung seiner äusseren Hülle bedarf und erwarten muss, um tatsächlich Person zu werden, als solche in Vollendung betrachtet. Im letzten Willen sind die Bestimmungen tatsächlich doch zu Lebzeiten vom Verstorbenen festgelegt, und nur mit aufschiebender Wirkung versehen; und was festgelegt ist vom Berechtigten, darf nicht von anderer Seite ohne begründeten Anspruch umgestossen werden. Das erfordert der möglichst zu erstrebende Zustand der Ruhe der Rechtsordnung, nur diese gewährleistet den besten und sichersten Genuss allen Rechtsgenossen.

§ 3. Die Stellung des Rechts zu Religion, Philosophie und anderen Produkten der menschlichen Gesellschaft, deren gemeinsames und verschiedenes.

Das Recht ist nicht das einzige Produkt des menschlichen Gesellschaftsgeistes, sondern neben ihm sind es noch Sprache, Kunst, Religion, Sitte u. s. w. Diese Produkte sind notwendige Hilfsmittel zum menschlichen Leben. Einige von ihnen sind nun besonders nahe verwandt, wie Religion, Philosophie, Moral, Sitte und Recht, so dass in allen das gemeinsame leicht zu finden ist. Es sind dies alles Aeusserungen, die sich auf ein und dasselbe Bewusstsein aufbauen, nur jedes in verschiedener Weise und mit anderem Zweck. Dieses Gemeingut jener Produkte ist das schon berührte Kriterium von Gut und Böse. Ohne dieses könnten jene nicht sein.

Diese beiden Begriffe, Gut und Böse beschäftigen seit Jahrtausenden die besten Köpfe aller Völker, und die Ergebnisse hieraus sind selbst bei den ältesten Völkern die ältesten Denkmäler menschlichen Geistes. Was ist Böse und Gut und wodurch sind sie in der Welt? Die Beschäftigung mit diesen Fragen greift zurück bis weit in die prähistorische Zeit, da sich zuerst der Mensch als denkender Geist triumphierend aus und über seine Tierheit erhob, mühsam losgerissen aus dem Schofse der Alleinheit seiner anderen Natur. Da, mit dem ersten Denken musste die gewaltige Sprache des rätselhaften Buches der ihn umgebenden Natur den Stoff zum Sinnen und Forschen geben. Seinem einfachen Verstande erschien die Welt voll Dualismen, wie jahrtausendelang der Mensch selbst ein Dualismus — Geist — Materie — zu sein schien (bei der Mehrzahl heute noch), wie die ganze Sinnenwelt ebenfalls dem einfachen Beobachter voller Dualismen erscheint. In den Erscheinungen, die sich ihm aufdrängten, fand er nirgends die nur nach Graden abgestufte

Einheit [1]), überall waren Extreme, Gegensätze: Licht — Finsternis, Hitze — Kälte, Leben — Tod, und durch dies alles Lust und Leid. Diese scheinbaren Gegensätze, eigentlich nur Abstufungen derselben Einheit, in der Natur werden in ihrer Wirkung selbst von der einzelligen Amöbe empfunden, und in der Anpassung an sie hat sich alles Leben beständig selbsttätig aus- und umgebildet, durch sie war die Menschwerdung betätigt. Grund genug, dass sich das beginnende Denken mit der Manigfaltigkeit der Erscheinungen in der Natur beschäftigte, die schon vorher tief empfunden war. So schieden also die ersten philosophisch-physiokratischen Beobachter zwischen dem, was ihren Lebensverhältnissen günstig, und dem was ihnen ungünstig war; und indem sie mit ihrem Wesen die Natur und ihre Erscheinungen maſsen, mussten sie zu jenen Dualismen kommen; das aufstrebende Ego musste die grosse Einheit verkennen.

Nachdem nun der Zwiespalt als tief in der Natur selbst begründet erschien, suchte man ihn zu erklären. Zahlreiche, luftige und veränderungsbedürftige Gebäude von Philosophien entstanden und vergingen; und so sucht die Philosophie, häufig und gründlich reformiert, nach Absonderung zahlreicher Hilfswissenschaften, unter Verwertung der Früchte der rastlosen Tiefbohrarbeit jener wie der eigenen noch heute durchzudringen zur Wahrheit des All—Einem [2]).

---

[1]) Einheit, All—Einem u. dergl. nicht numerisch, sondern philosophische Begriffe etwa im Sinne Spinozas oder der Vedantaphilosophie.

[2]) Zu einem vollständig befriedigenden Resultat ist die Philosophie noch nicht gekommen, und denkt vorläufig noch nicht daran, obwohl sie mächtig nach Selbstvertiefung in der Erkenntnis des All—Einem neuerdings vorschreitet (Kant, Schopenhauer, Hartmann und deren neueste Anhänger). Selbst wenn auch von einigen der breite Pfad verlassen wird, so streben doch auch diese schmalen Einzelpfade zur selben Erkenntnis. Nicht unerwähnt sei eine einsame ragende Säule aus uralter Zeit, die Vedantaphilosophie, die in ihren Prinzipien der Richtung einer modernsten Philosophie entspricht, selbst, ja gerade bei den weitgehendsten Ueberraschungen, welche durch die philosophischen Hilfswissenschaften gebracht wurden und werden; und doch hatten jene alten Denker, dazu meistens im Leben vielbeschäftigte Personen, wie Volkskönige und Feldherren, nur durch eigenes Sichversenken diese im Abendlande von keiner Philosophie erreichte Tiefe und innere Wahrheit so frühe erreicht. Bezüglich der hier aufgerollten Frage nach Gut und Böse lehrten sie: Gut und Böse seien relative Begriffe, weder ein absolut Gutes noch absolut Böses seien denkbar, beide existierten nur im Vergleich zu einander, keines ohne das andere, und zwar nur in den Köpfen der Denkenden; in Wirklichkeit sei Einheit, die aber all denen nicht erkennbar sei, welche die Brille der Relativität nicht abzulegen vermöchten. Diese Einheit, ihr höchster Begriff, hatte den Charakter eines immanenten, nicht ausserkosmischen transcendenten also, unpersönlichen Gottes.

„Gutes und Böses in dieser Welt des Dualismus sind nicht wirklich, sie existieren nur im Gemüt und sind nur Worte."

Bhâgavatam Buch XI, Cap. XXVII.

Dieselbe Richtung, das Streben nach Erklärung, hatte ursprünglich auch die Religion; da ruhten Religion und Philosophie einträchtig im Schosse jenes Verlangens nach Wahrheit, bis sich der eine Teil vermass, jenes erstrebte Ziel erreicht zu haben; das war die eigentliche Geburtsstunde der Religion. Je weniger sie aber der weiter forschenden Philosophie mit ihren Lehren genügen konnte, um so fester umschanzte sie sich mit dem starken Bollwerk des Postulats des blinden Glaubens; und indem sie auf dem Standpunkt, den sie sich damit selbst als letztes Ziel gesetzt hatte, verharrte, musste sie der mehr und mehr sieg- und erfolgreichen Nebenbuhlerin Philosophie gegenüber erstarren [1]). Bald waren sie unverträgliche Gegner, und die Wissenschaft zahlte die Kriegskosten. Der Kern der Religion ist also, die Wahrheit gefunden zu haben, ein Ziel, welches die Philosophie, wie schon gesagt, noch nicht erreicht zu haben sich vermisst. Was nun die Stellung der Religion zu der hier besonders behandelten Frage angeht, so sei nur auf die eine, für uns interessante Religionsgruppe hingewiesen, welche nur in geringen von einander abweichend, dieselbe Lösung gefunden haben. Die altpersische Lehre von Zoroaster, die geänderte Form eines wahrscheinlich im 6. Jahrtausend vor Christus aus Indien stammenden Lehre, fand die Prinzipien von Gut und Böse, auf dem die ganze Lehre aufbaut, in zwei transcendenten, ausserkosmischen, persönlichen Wesen [2]), in dem Ahura Mazda,

Was die philosophischen Hilfswissenschaften anlangt (Geologie, Biologie, Chemie u. s. w.) so haben dieselben schon viele monistische Theorien bestätigt und geben insbesondere durch die neuesten Entdeckungen Veranlassung zu der Erwartung, dass durch sie die Erkenntnis des Wahren noch ungeheuer gefördert wird.

[1]) Durch das Moment der inneren Unfruchtbarkeit lag es nahe, die gestaltende Kraft nach aussen zu verwenden, und so wurde, unterstützt durch das Dogma des blinden Glaubens, wodurch erreicht wurde, dass die Gläubigen zu der abstumpfenden Erkenntnis herabgedrückt wurden, aus eigener Unfähigkeit ihren eigenen Glauben nicht mit den Mitteln der Vernunft begreifen zu können, noch jede Religion benutzt als der mächtige Felsen, auf dem sich der ebenso mächtige Bau einer Priesterhierarchie erhob. Dies wird schon von der altpersischen, wie auch der der Vedantaphilosophie entglittenen altindischen Religion berichtet.

[2]) Vgl. hierzu in Anm. 2) S. 10 die grundsätzlich entgegengesetzte Lehre der Vedanta. In ihren höchsten Prinzipien unterscheiden sich diese Religionslehren also durchaus nicht von dem Fettischglauben der Neger u. dgl., sie sind nur von sonst Kultivierteren ausgebildeter. Was das Christentum insbesondere anlangt, so ist dieses durch seinen Begründer durch und durch mit den höchsten und schönsten ethischen Gedanken durchsetzt worden, in Gegensatz zu dem rein judaistischen materiellen Egoismus fürs Leben, beeinflusst durch die indische Lehre, die etwa 550 Jahre vor Christus durch Gautama reformiert wurde, und die nachweislich zur Zeit Christi in Damaskus in hoher Blüte stand. Näheres in den Werken von D. F. Strauss, Rennan; neuerdings Jessen, Schultze, Kernwart u. s. w.

dem Guten und Ahriman dem Bösen. Diese Lehre von den beiden ausserkosmischen Schöpfern alles Guten und Bösen nahmen die Chaldäer und Juden (letztere zur Zeit ihrer 200jährigen babylonischen Gefangenschaft) an, und bildeten ihren Jahu resp. Jahve und Satan des alten Testaments, welche dann das Erbe der Christen und Mohamedaner wurden.

Von den zur Besprechung herangezogenen Produkten des menschlichen Gesellschaftsgeistes kann man die eben besprochenen, Philosophie und Religion, zu einer Gruppe vereinigen, indem beide jenen Dualismus zu erklären suchen, resp. die Erklärung gefunden zu haben angeben. Ganz anders verhält es sich mit Moral, Sitte und Recht, die zweite Gruppe. Diese finden sich mit dem einmal vorhandenen, einerlei woher stammenden, in Wirklichkeit existierenden oder nicht existierenden Begriffen, Gut und Böse ab, indem sie diese Fragen gar nicht berühren, sondern einfach mit den Begriffen als ihren Grundlagen rechnen. Dabei verfolgen sie ebenfalls entgegengesetzt jenen ersten nicht ideelle Zwecke hauptsächlich für das Jenseits, sondern praktische Zwecke im Diesseits, im Leben. Mit dem Wegfall alles Forschens und mit dem Zweck des Praktischen in der Anwendung des Kriteriums Gut und Böse, Recht und Unrecht, wenden sich diese rein gesellschaftswissenschaftlich nur an die Aeusserungen der Menschen untereinander; eine zwar weit bescheidenere, aber für die Allgemeinheit um so wertvollere Aufgabe. In ihrem Zweck dasselbe, sind Moral, Sitte und Recht in ihren inneren Gründen und dem Grade der Stärke ihres Erfolges verschieden abgestuft.

Einer, der nach den Kant'schen moralischen Imperativen, die das Gute seiner selbst willen zu erreichen suchen, leben würde, der würde sicher im wahrsten Sinne des Wortes ein Gerechter sein. Doch da hierzu eine beträchtliche Höhe geistiger Freiheit gehört, so können die moralischen Imperative in toto kein Gemeingut aller werden, ihre praktische Wirkung hat nicht den allgemeinverbindlichen Charakter: sie sind nur ein seltener Schmuck von einzelnen, wenigen Königen des Geistes; deshalb neigt die Erkenntnis davon, obwohl von Kant ausdrücklich als „praktisch“ losgelöst doch mehr zur Seite der Philosophie hin.

Bedeutend geringere Anforderungen stellen die Gebote der Sitte, indem sie ihre Beobachtung nicht ihrerselbst willen, sondern nur in Rücksicht, zum Teil sogar bloss wegen der Achtung der anderen fordern. Es macht sich also schon ein gewisser äusserer Zwang geltend zur Anerkennung, die Vorstufe der Unfreiheit. Von der fast unnahbaren Höhe geistiger Freiheit steigen wir herab zu der normalen Halbfreiheit eines Gebildeten.

So wirken die Sittengesetze schon auf eine beträchtlich grössere Mehrheit und üben noch durch das psychologische Moment des Wertes, den man fast allgemein auf die Achtung der eigenen Person durch andere legt, einen noch erweiterten Einfluss nach unten. Und wenn auch die Sittengesetze noch nicht den Charakter der Allgemeinverbindlichkeit erlangen, so sind sie doch in erster Linie berufen, die notwendig vorhandenen Lücken jedes Rechtsgesetzes auszufüllen, wie dies sowohl tatsächlich im täglichen Leben der Fall ist, des anderen aber auch im positiven Recht ausdrücklich verlangt wird. Z. B. im B.G.B. in den §§ 138, 534, 814, 817, 819, 826, 1446; 1641, 1804, 2113, 2205, 2330, 1611 oder im E.G. z. B.G.B. Art. 30 und in anderen Gesetzen ähnlich.

Das Recht endlich steht im Zeichen der Allgemeinverbindlichkeit: hinsichtlich besonderer geistiger Eigenschaften nach Art von Sitte und Moral, setzt es nichts voraus. Man braucht seine Gebote gar nicht zu kennen, sie gelten doch für alle. Während die moralischen Imperative Geltung aus sich selbst verlangen, während schon die Gebote der Sitte durch den Dämon äusserlichen Zwanges beschattet werden, erhalten die Rechtsnormen gerade den Zwangskurs. Damit ist die Frage angeschnitten, ob der Zwang dem Rechte begriffswesentlich ist, oder nicht[1]). Sicher ist jedenfalls, dass das Recht für alle Rechtsgenossen zwangsweise gilt; d. h. es kann sich keiner der Geltung des Rechts freiwillig an- oder ausschliessen. Wollte z. B. ein Deutscher dem entgehen, dass er zwangsweise der Rechtsordnung unterworfen ist, die er nur freiwillig anerkennen möchte, und ginge nach Frankreich, so würde er vom Regen in die Traufe kommen; er müsste dann zwangsweise nach französischem Rechte leben; und nur, wenn es ihm gelänge ein Robinsonsdasein zu führen, würde er sein Ziel erreichen. Aber alsdann hörte für ihn zugleich auch alles Recht auf. Recht und Zwang stehen und fallen also zusammen. Die Rechtsordnung ist nicht wie die Sittenordnung eine Konvenienzordnung, sondern eine Zwangsordnung. Ferner ist es ja gerade der eigentliche Zweck des Rechts, in den Lebensverhältnissen zur Praxis zu gelangen, und dies kann nur durch den allgemeinen Zwangskurs gelingen, sonst würde es sofort zur blossen Konvenienz sinken. Recht und Zwang sind nicht zu trennen. Die gegnerische Auffassung, die das Recht frei von Zwang konstruieren will, oder letzteren höchstens als Begleit-

[1]) Dafür: Ihering, Krückmann.
Dagegen: Stammler, Regelsberger, Gierke, Lehmann, Thon, Dahn, Bierling, Ullmann.

erscheinung des Rechts sein Dasein fristen lässt[1]), verfällt allgemein in den Irrtum, dass sie den Rechtszwang in der Erzwingbarkeit der einzelnen Rechtsnormen findet, und dagegen einwendet, dass es erzwingbare und unerzwingbare Rechtsnormen gäbe. Doch darin liegt ja der Zwang gar nicht, sondern wie schon hervorgehoben darin, dass sich dem Einzelnen die gesamte Rechtsordnung aufzwingt. Also handelt es sich in der bekannten Frage um das Völkerrecht nicht darum, ob seine einzelnen Rechtsbefehle erzwingbar sind oder nicht; man kann also dem Völkerrecht aus diesem Grund seine Qualität als Recht auf keinen Fall nehmen. Bei der eigentlichen Frage aber, ob die völkerrechtlichen Bestimmungen sich den einzelnen Staaten zwangsweise aufdrängen, kommt es ganz darauf an auf die tatsächlichen Verhältnisse. Sind viele civilisierte mächtige Staaten vorhanden, so wird sich der einzelne Staat dem auf die Dauer nicht ausschliessen können (es würde dies den Vergleich mit der chinesischen Mauer nahelegen), ohne dadurch einen casus belli zu geben, obwohl ja letzterer immer noch von der äusseren Politik der einzelnen Gegner abhinge, dazu fallen die Verantwortung und Kosten, die eventuellen weiteren Komplikationen gerade heutzutage sehr in die Wagschale — doch trifft dies ja beide Teile. — Rein theoretisch also lässt sich diese Frage nicht entscheiden, obwohl die derzeitigen Völkerrechtsgrundsätze und ihre Zukunft die Bejahung dieser Frage ergeben.

§ 4. **Alles Recht besteht für die Menschen und ausschliesslich zwischen ihnen.** Es ist also zunächst gleichgiltig, ob es auch unter den Tieren Rechtsgefühl und Rechtsäusserungen gibt, oder auch nach irgend einer Religion oder religiösen Philosophie unter höheren Lebewesen als den Menschen. Es wären dies beides — es sei nochmals an die in § 1 erwähnte Stelle aus Ulpian erinnert — andere Dimensionen mit selbstständigen Ordnungen.

Es gibt also keine Rechtsgemeinschaft zwischen Menschen und Tieren, zwischen Menschen und Dämonen und derartigen Wesen der Phantasie, oder gar zwischen den Menschen und der ihn umgebenden Güterwelt[2]). Bekker[3]) meinte Klagen

[1]) So Ullmann, Völkerrecht S. 16, 17 findet sogar die Wirkung des Rechts in der „ethischen Idee", die im Recht läge, begründet, was aber, wie früher dargelegt, durchaus nicht zutrifft. Das Recht gilt aus praktischen Gründen, zum tatsächlichen Wohle der Gesamtheit.

[2]) Vgl. dazu folgende Anmerkung 1) Seite 15.

[3]) In Iherings Jahrbüchern Bd. 2, 1 Zur Lehre vom Rechtssubjekte.

im Namen von Tieren zulassen zu müssen. Wir dürfen jedoch hierin, selbst wenn wir solche Klagen gewähren, keinen Einwand erblicken, da auch in diesem Falle nicht das Recht des betreffenden Tieres als solches geschützt würde, sondern andere Rücksichten würden die Klage ermöglichen. Wenn z. B. dem Hunde Taku von seinem verstorbenen Herrn bis zu seinem Tode der Genuss eines bestimmten Kapitals testamentarisch vermacht ist, und dieser Genuss wird dem Taku widerrechtlich entzogen, so würde durch eine Klage nur der zu Lebzeiten rechtsgiltige Wille des Toten geschützt, und nicht etwa als Anspruch des Hundes. Auch der Tierschutz stellt das Tier nicht als Person in unsere Rechtsordnung, sondern lediglich ästhetische und besonders sittliche Beweggründe sollen hier zur Geltung kommen, um unnütze Qual des Tieres, und damit des zusehenden, empfindenden Menschen zu verhüten, während andererseits der Mensch zum nützlichen Genuss das Tier schlachtet, ihm seine ganze Existenz und Lebensfreude raubt, ohne einen Rechtsgrund der Tötung darlegen zu müssen, wie dies bei Tötung eines Rechtssubjektes, z. B. durch rechtskräftiges Urteil bei der Hinrichtung eines Menschen, notwendig wäre. — Und wenn, wie Kohler anführt[1]) die ersten Menschen, wenn sie Bäume fällten, sich mit den Waldgeistern in rechtlichen Kontakt glaubten, so gehört dies lediglich der Vorzeit an, und wenn ähnliches heute noch etwa bei unkultivierten Volksstämmen der Fall ist, so bedeutet das weiter nichts, als dass diese auf einer niederen Stufe der Rechtsentwicklung stehen. Bierling[2]) fasst das kurz zusammen: „Zweck allen Rechts ist ein bestimmtes äusseres Verhalten von Menschen zu Menschen, es gehört also nicht hierher das Verhalten des Menschen zu Gott, zu sich selbst, zu niederen Wesen".

§ 5. **Das Recht ist eine Beschränkung der Willensfreiheit des Einzelnen, zu seinem wie der Rechtsgenossen Gunsten.** Sofort mit der Entstehung der räumlich und zeitlich sich erreichbaren Mehrheit wird die vollkommene Freiheit[3]), soweit sie für Menschen möglich ist, des Einzelnen vernichtet. Ganz abgesehen von einem Kampfe ums Dasein im gewöhnlichen Sinne genügen die notwendig vorhandenen Verschiedenheiten in den geistigen und körperlichen Fähigkeiten, im Charakter,

[1]) Grünhuts Zeitschrift Bd. XIV, Recht und Prozess, S. 6 folg. u. Anm.

[2]) Juristische Prinzipienlehre Bd. I, S. 19.

[3]) Etwa analog dem Freiheitsbegriffe von Spinoza, natürlich nur vergleichsweise und auf Menschenebene herabgezogen. (Die eigentliche Freiheit existiert nach Spinoza nie im Geschaffenen, sondern nur in seinem Gottesbegriffe.)

um eine utopistische allgemeine Harmonie nicht aufkommen zu lassen. Jeder will und muss sein ihm eigenes Sein betätigen, denn dazu hat er seine Fähigkeiten; die Interessenssphären müssen in einander übergreifen und „der Streit ist der Vater der Dinge". Jene natürlichen Verschiedenheiten haben einen Kampf ums Dasein gezeitigt, wenn auch weniger um die Bedürfnisse zum Leben, als um das Bedürfnis nach Freiheit. Im eigenen Interesse würden Gewalt, Geist, Verschlagenheit u. s. w. miteinander zügellos ringen, vergeblich nach dem vorschwebenden Phantom der Freiheit, ein Kampf Aller gegen Alle. In Rücksicht hierauf und somit wieder im eigenen Interesse sehen sich die Individuen genötigt, sich zu Vielheiten zusammenzuschliessen, welche Gleichachtung und gemeinsame Durchführung des Kampfes ums Dasein gewährt. Die Vereinigung ist also eine Waffe [1]) im allgemeinen Interessenskampfe, und letzterer wird durch möglichste Egalisierung der Gesamtheit nach Möglichkeit aufgehoben. Diese uniformierende Vereinigung benimmt aber jedem Einzelnen einen Teil seiner Freiheit; sie beschränkt [2]) die Willensäusserungen auf ein bestimmtes Mass. In dieser Beschränkung liegt das Recht, das zugleich die für die einzelnen Rechtsgenossen bestmöglichste Freiheit darstellt. Aber nicht der Egoismus allein in seiner Selbstbeschränkung führt zur Vereinigung, er wird auch wesentlich unterstützt durch natürliche Triebe, die mit gleichsam centripetaler Kraft den an sich centrifugalen Egoismus den rechten Weg leiten.

Die Aufgabe und Erwartung, die an das Recht geknüpft wird, ist in den manigfaltigen Verquickungen der verschiedenen

[1]) Stammler, Wirtschaft und Recht S. 27 u. 96 — „ist das Recht eines Volkes, als regelnde Form des Zusammenlebens, nichts als ein Instrument im Kampfe um das Dasein, der verbunden und gemeinsam geführt werden soll.

[2]) Ullmann, Völkerrecht (öfters) z. B. „Alle Rechtsordnung gipfelt in einer Beschränkung des Willens der Beteiligten, die Grundlage der Herrschaft des Rechts aber nicht in der Machtentfaltung der obersten Autorität, sondern in der Selbstbeschränkung der Beteiligten zu suchen ist".

Dernburg, Pand. I, S. 42: „Man darf seine Rechte haarscharf ausüben, sofern man sich in den Schranken der Rechtsordnung hält" und „das Recht gibt inmitten der Kollisionen der menschlichen Interessen das rechte Gleichmass" und ferner „kommen häufig die Interessen in Gegensatz, nicht selten in erbitterten Streit, dann tritt die im Staat herrschende Macht dazwischen und zieht die Schranken." Was ferner Gareis (Endemann-Gareis, Einführ. i. d. Stud. d. bürg. Rechts S. 191, 192) bei Behandlung des Sachenrechts sagt, gilt überhaupt für das Recht: „Rechtsnormen, die im Interesse aller Einzelnen Schranken setzen, um dadurch den tunlichst ruhigen Genuss tunlichst Vielen zu ermöglichen."

Kant (Einleit. i. d. Metaphys. d. Sitten) „Erlaubt ist eine Handlung, die der Verbindlichkeit nicht entgegen steht, und diese Freiheit heisst Befugnis." Dasselbe nur indirekt sagt Hegel „Das Recht enthält nur Verbote" sowie dessen grosser Widersacher Schopenhauer: „Befugnis gleich Negation des Unrechts."

Einzelinteressen möglichst jedem billig das ihm in Verhältnis zu andern zukommende Seine zuzuerteilen [1]). Selbst die kulturell am niedersten stehenden Bewohner einer Südseeinsel leben in Stämmen vereinigt und haben somit ihr äusseres Verhalten zu einander rechtlich geregelt, wenn auch primitiv und eigenartig. Ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον.

Es sei ein Gleichnis angeführt, welches das Verhältnis zwischen Recht und Person figürlich verdeutlicht. Das Individuum bildet das Centrum eines Kreises, seine Freiheit geht vom Rechte unberührt, wie der Radius bis zur Peripherie, welche ihrerseits das Recht für das Individuum darstellt, sie ist die Mauer, die den Willensradius abhalten soll, sich über die Peripherie hinaus in den Kreis eines anderen zu verlängern. Dem Wesen des Rechtsgedankens entsprechend gebührt jedem einzelnen Individuum ein gleich langer Radius, d. h. das gleiche Mafs von Freiheit, Befugnissen, und in der dadurch bedingten gleichen Peripherie das gleiche Recht.

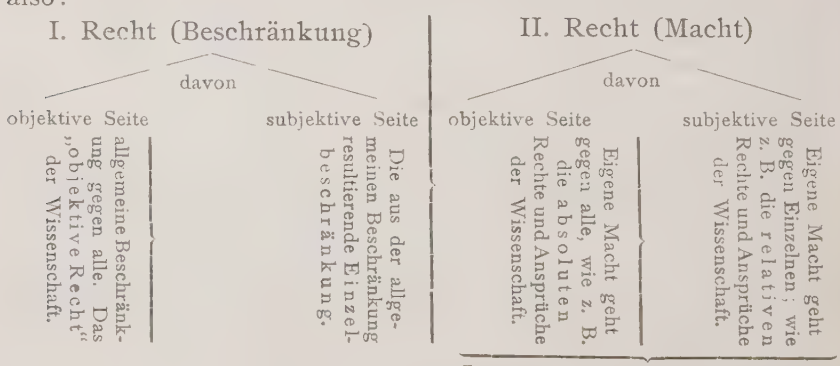
Das Recht als Beschränkung wirkt gegen alle ihm Unterworfenen, und da es dies, wie gesagt, möglichst gleichmässig besorgen soll, so lässt sich der Begriff objektiv ganz gut mit ihm verbinden, obwohl er inhaltlich dem Recht selbt so begriffswesentlich ist, dass seine ausdrückliche Hinzusetzung sich erübrigt. Im vorliegenden Fall bedeutet die ausdrückliche Hinzusetzung dieser Qualität des Rechts nur eine nochmalige Erinnerung an sie und verfolgt zugleich den Zweck das Recht scharf zu scheiden von dem, was unter subjektivem Recht verstanden wird.

§ 6. **Darstellung und Kritik des subjektiven Rechts.**

Wenn man von dem Begriffe Recht analytisch aussagt, es sei objektiv und kennt ferner die Existenz des Begriffes subjektives Recht, dann sollte man meinen, diesem formellen Gegensatz, der von demselben Begriffe verschiedenes aussagt, liege auch, was logisch zu fordern wäre, materiell der entsprechende Gegensatz zu grunde, der ebenfalls demselben Begriffscomplex nur von verschiedenen Seiten betrachtet; wie wenn man etwa von einer Kritik sagt, sie sei objektiv, ein anderes Mal subjektiv; hier wird von dem Begriffe Kritik, der in beiden Fällen sein Wesen behält, nur verschiedenes ausgesagt. So müsste also auch der Begriff Recht als möglichst gleichmäfsige Beschränkung die gleich-

[1]) Nach Cicero schon νόμος von νέμειν gleich a suum cuique tribuendo.

bleibende Basis abgeben, die nur von verschiedenen Standpunkten aus beleuchtet würde. Dieses logische Postulat erfüllt aber der dadurch nicht einmal formell richtige Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht nicht. Der Begriff des Rechts mit dem unnötigen Zusatz objektiv, sowie der Begriff des Rechts mit dem alsdann sinnwidrigen Zusatz subjektiv haben nichts mehr fast gemein, als den durch seine Gemeinsamkeit sinnverwirrenden Namen. Unter dem ersten Recht ist eine ausser uns, gegen uns wirkende Beschränkung zu erkennen, in letzteren eine uns innewohnende Macht verstanden: während sich jene Beschränkung nur gegen Menschen richtet, wird diese Macht geübt gegen Menschen, Tiere, ja gegen die umgebende Güterwelt u. s. w. Allerdings Gegensätze genug, nur hat man sie zwischen grundverschiedenen Begriffen, und nicht als Ergebnis einer nur verschiedenen Anschauung desselben Begriffs. Während sich in dem angeführten Beispiel mit dem Begriffe Kritik nach Belieben die Begriffe objektiv und subjektiv verbinden lassen — sie sagen ja nur vom gleichen Begriffe verschiedenes aus — kann man von jenem ersten Recht als Beschränkung nie sagen, es sei subjektiv, um so das sogenannte „subjektive Recht“ zu gewinnen; und umgekehrt verbindet man mit dem zweiten Recht als eigene Macht den Begriff objektiv, so ist das so entstandene objektive Recht etwas ganz anderes als das in der Wissenschaft gewöhnlich darunter verstandene. Es sind also hier je zwei verschiedene Begriffe objektives und subjektives Recht möglich. Da nun die beidesmal hinzugesetzten Begriffe objektiv — subjektiv die gleichen geblieben sind, so folgt aus der Entstehung jenes Doppelpaares gleichnamiger, verschiedenartiger Begriffe, dass der Begriff Recht in den beiden Fällen ein verschiedener war. Man erhält also:



Wenn es in jedem anderen Falle wünschenswert ist, dass man zwei verschiedenen Begriffen nicht die gleichen Namen gibt, so ist dies bei einer Begriffswissenschaft, wie der Jurisprudenz, geradezu verhängnisvoll, wenn es doch geschieht; und das praktische Postulat muss hier sein, für jeden verschiedenen Begriff einen verschiedenen terminus technicus; dies erleichtert die geistige Arbeit und bewahrt vor Irrtümern. Die alten Griechen haben dies für vorliegenden Fall erkannt, sie bezeichneten unser objektives Recht als *νόμος*, das von uns subjektive Recht genannte als *νόμιμον*. Diese Bezeichnungen kommen dazu dem Verhältnis der beiden untereinander ziemlich nahe. *νόμιμον* = das rechtliche, also nicht das Recht selber, sondern nur die Freiheit, die Befugnisse, welche sich innerhalb der Rechtsperipherie bewegen. Auch die Engländer unterscheiden analog zwischen law und right. Dagegen haben sich die Römer selbst mit ihrem jus in derselben Verlegenheit befunden, wie die Völker, die auf dem Fundamente der römischen Jurisprudenz ihre Nationalbauten errichtet haben. Wenn also schon durch die unglückliche Simultanbezeichnung jus, Recht der Streit hierum nahe lag, so wurde der in neuerer Zeit besonders unterstützt durch die Tatsache, dass vielfach in Gesetzen und Verfassungen reine Freiheitsäusserungen besonders als zulässig erwähnt wurden, also gewissermafsen als erst besonders vom Rechte verliehen oder anerkannt, was aber nur den Zweck hatte, diese nunmehr reinen Freiheitsäusserungen nochmals besonders zu nennen als freie Befugnisse, da sie in früherer Zeit des öftern Gegenstand von ungebührender Beschränkung gewesen sind[1]). Es liegt darin nicht eine besondere Verleihung, sondern nur eine Missbilligung gegenüber früher. Durch die Auffassung einer besonderen Verleihung jener freien Befugnisse als Rechte, lag es wieder nahe, alle Freiheitsäusserungen als erst vom Rechte anerkannt oder verliehen zu erachten, indem man richtig die doch notwendige Gleichstellung aller Freiheitsäusserungen erkannte, und annahm, dass, wenn die Gesetze diese einen besonders erwähnten und verliehen, sie damit natürlich auch die anderen nicht erwähnten, weil meistens nicht erwähnenswerten, besonders verliehen hätten.

Der Streit in der Wissenschaft um das subjektive Recht und seine Stellung zum objektiven ist wesentlich zurückzu-

[1]) Arndt (Staatsrecht d. deutsch. Reichs S. 47, 48, ebenda auch Literatur) nimmt dem subj. R. allen dogmatischen Inhalt, sie sind nur etwas historisches, Freiheitsrechte; aber er vermeidet es nicht, sie immer wieder in der Verlegenheit Freiheitsrechte zu nennen, warum denn nicht Freiheitsäusserungen oder Befugnisse?, wenn sie inhaltlich doch keine Rechte sind.

führen auf die Simultanbezeichnung und die naheliegenden Irrtümer mit ihren sich naturgemäfs widersprechenden Consequenzen, die sich aus jener herleiten. Es ist also ein praktisches Postulat den Begriff Recht ausschliesslich für den einen oder den andern Begriff zu verwenden, da, wie dargelegt, das alles darunter genommene zu verschieden ist, um zusammengefasst werden zu können. Die Ausscheidung des einen oder anderen ist jedoch durchaus nicht so leicht, da die beiden Begriffe unter demselben Namen Gemeingut des ganzen Volkes, des Sprachschatzes des täglichen Lebens geworden sind. Jedermann spricht sowohl von dem „Recht" dem er unterworfen ist, als von dem „Recht" spazieren zu gehen. In der Wissenschaft scheint dies Bedürfnis auch schon empfunden zu werden. Cosack macht gewissermafsen einen Versuch dazu: „Privatrechtlich am wichtigsten ist das Mittel, dass die Rechtsregel einem der an dem Lebensverhältnisse Beteiligten eine Willensherrschaft über die andern Beteiligten einräumt, d. h. dass sie den letzteren befiehlt, sich in bestimmten Umfang dem Willen des ersteren zu fügen. Diese Willensherrschaft nennen wir „Recht" oder — da man auch die Summe der Rechtsregeln als Recht (obj. R.) bezeichnet — subjektives Recht" und gleich in Fortsetzung: „Das (subjektive) Recht". . . .

Ausserdem spricht Cosack in seinem Lehrbuche nirgends von „dem Recht" und versteht darunter etwa das objektive Recht. Dafür wendet er gewöhnlich die Ausdrücke „Rechtsregel ev. Gesetzesrecht" u. s. w. an. Aus der angeführten Stelle Cosacks geht einmal hervor, dass er unter „dem Recht" eigentlich nur das sonst sogenannte subjektive Recht verstanden haben möchte; und das andere objektive Recht nenne man auch Recht. Für ihn ist also „das Recht" normalerweise und primär nur jenes eine; es wird dadurch und besonders in der Verwendung von Ausdrücken, wie Rechtsregel, Summe von Rechtsregeln, Normen u. s. w. an Stelle von (objektiven) Recht, diesem als solchem zwar nicht tatsächlich aber doch formell der Abschied gegeben. Diese Gegenüberstellung von Rechtsregel, Rechtsnorm und Recht steht jedoch noch zusehr auf dem Boden der herkömmlichen Auffassung; es ist erst ein zaghafter Versuch, der wohl das Bedürfnis der Trennung verrät, das Verhältnis selbst aber zwischen Recht (obj.) und Recht (subj.) auch nicht klarer stellt. als es bisher in der Wissenschaft ist. Der Versuch das subjektive Recht als

[1]) Lehrbuch d. bürg. Rechts. III. Aufl. I. Bd. S. 52.

das Recht aufzustellen findet Unterstützung in einer Behauptung Dernburgs[1]).

Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich lange, ehe sich eine selbstbewusste, staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählig aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinne. Die Rechtsordnung gewährleistet und modelt die Rechte im subjektiven Sinn, aber sie ist nicht ihr Schöpfer".

Es ist gewiss nicht zu leugnen, dass Rechte schon vor besonders staatlicher Ordnung bestanden haben; aber zum Bestehen von Recht bedarf es doch nicht unbedingt einer staatlichen Ordnung. Dann könnten ja z. B. Nomadenvölker nicht nach Recht leben, da der Begriff Staat drei Anforderungen stellt: Herrschaftsausübung, Volk und – Land, welches letztere den Nomaden fehlt; und doch leben diese zweifellos nach Recht. Der Staatsbegriff kann also hierbei kein entscheidendes Moment bringen. Ferner darf (selbst dann) nicht gefolgert werden, dass dies alsdann nur „subjektive Rechte" gewesen sein können. Im Gegenteil, diese subjektiven Rechte gründen sich ja gerade erst, wie Dernburg auch selbst schreibt, in der „Anerkennung" der Genossen, und dieses Anerkennen stellt ein stilles oder besonders bekundetes Einvernehmen unter einer Anzahl Leuten dar, die gerade hierdurch unter sich eine Rechtsregel, also objektives Recht bilden, woraus sich nach der einen Meinung alsdann erst die subjektiven Rechte ableiten[2]). Ein zeitliches prius ist also das objektive Recht doch. Vielleicht ein erster Rechtszustand, der erst eine primitive Art von Staatsbildung begünstigte. Auch der Ausspruch des Aristoteles fasst dies noch in sich.

Andererseits, wenn man sich wirklich eine Gruppe Menschen ohne Rechtsordnung denken wollte, hätte es denn irgend welchen Sinn, die natürlichen Freiheits-Willensäusserungen

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. I. S. 85.

[2]) Vgl. Krückmann, Institt. d. B. G. B. II. Aufl. S. 2: „Das objektive Recht ist das logische prius des subjekt. Rechts", ebenso Jellinek, in den subj. öffentl. Rechten S. 8.

der Einzelnen als „subjektive Rechte“ zu bezeichnen? es hätten also Alle alle Rechte, was logisch an sich, wie ganz besonders bei dem Begriffe des Rechts undenkbar ist. Es verbindet doch der Begriff Recht immer auch den des geordneten, geregelten in sich, was dann nicht der Fall wäre. Es hat also gar keinen Wert diese reinen Freiheitsäusserungen — nennen wir sie Befugnisse — die sowohl existierten, wenn es kein objektives Recht gäbe, als existieren, wenn es Recht gibt, als Recht zu bezeichnen. Wenn man sagt im täglichen Sprachgebrauch: ich habe ein Recht so zu handeln, spazieren zu gehen, meinen Hund zu verkaufen, ein Haus zu bauen u. s. w. so heisst das nur im übertragenen Sinne, dass dies Aeusserungen des Restes der dem Menschen belassenen Freiheit sind, nicht dass diese mir freistehenden Befugnisse erst vom Rechte anerkannt oder verliehen werden. Zu diesen Gedanken wird man aber erst verleitet dadurch, dass man derartige ganz vom Rechte freie Willensäusserungen als Rechte selbst bezeichnet, d. h. zu einem grossen Teil. Während der Sprachgebrauch des täglichen Lebens durchaus nicht hindert zu sagen, man hat das „Recht“ seinen Kopf nach links oder rechts zu drehen, man habe das „Recht“ zu gehen, — so sehr ist also diese Bedeutung des Rechts in das tägliche Leben eingedrungen — wird dies als Recht zu bezeichnen, einem grossen Teil der Juristen merkwürdig vorkommen, wenigstens für den ersten Augenblick, und doch stehen sie nicht an, zu sagen, seinen Hund oder sein Haus zu verkaufen sei ein Recht. Wo liegt da die Grenze? Letzteres kommt jedoch daher, dass z. B. der Verkauf für den Fall seiner Verletzung, und ferner, damit letztere möglichst wenig eintritt, also aus Rücksichten der Rechtsruhe und Sicherheit im Gesetz öfters erwähnt wird, sowie auch zum Teil aus dem auf Seite 19 angeführten Gründen, während jene anderen Befugnisse fast nie Gegenstand rechtlicher Beachtung sind, und wegen ihrer unabsehbaren Mannigfaltigkeit sich nicht zur Berücksichtigung in Voraus eignen.

Es gibt also gar viele Gründe, die es wünschenswert ja notwendig erscheinen lassen, jene Befugnisse in Rücksicht auf das (obj.) Recht nicht auch als Recht, oder wie Cosack dies tut sogar als „das Recht“ zu bezeichnen. Zumal die Ansicht Dernburgs über das prius als unrichtig erkannt wurde, unterstützt durch die Perspektive, dass man, wenn man im stillen Einvernehmen den Weg Cosacks durchführte, plötzlich sich vor der Notwendigkeit sähe, für den Begriff des objektiven Rechts einen neuen terminus zu prägen, weiter unterstützt, dass termini wie Rechtsregel u. s. w. als unzulänglich erkannt werden, so wäre es wohl angebrachter den umgekehrten Weg zu gehen

wie Cosack, und unter Recht nur die durchweg hier vertretene Beschränkung, das sogenannte objektive Recht zu verstehen. Es ist zwar auch bei dieser Trennung schwer, sie in die Praxis umzusetzen, zumal jene andere Bedeutung so tief in das Volksbewusstsein eingewurzelt ist, doch wäre dies ja mehr Aufgabe und Erleichterung für die Wissenschaft, die ja in ihren termini mit denen des täglichen Lebens nichts zu tun hat. Der Laie redet von Besitz und Besitzer, während er Eigentum und Eigentümer meint und umgekehrt: ja er spricht von Berufung und meint Revision, ein Umstand, der vorsorglicherweise sogar im Gesetze berücksichtigt wird. Das könnte also kein Hindernis sein.

Die nunmehr namenlos gewordenen subjektiven Rechte im ganzen Umfang neu zu bezeichnen, hängt davon ab, wie weit der Begriff vorher gefasst war, und das war, wie erwähnt, bei den verschiedenen Autoren verschieden.

An der Hand der gewonnenen Resultate werden nunmehr die einzelnen hauptsächlichsten Theorien über das subjektive Recht einer besonderen Betrachtung unterzogen.

Die schon auf Seite 20 gebrachte Auffassung Cosacks gibt noch zu folgenden Bemerkungen Veranlassung. Auf Grund seiner Auffassung des Rechtes gelangt er zu der Consequenz, dass jeder Berechtigte eine Willensherrschaft über alle an dem Lebensverhältnisse Beteiligten, d. h. etwa über alle räumlich und zeitlich in Betracht kommenden Menschen ausübt; seinen „Rechten stehen Pflichten der Beteiligten gegenüber, „zu jedem subjektiven Recht gehört eine Verpflichtung". Während also der Zwang, der die Rechtsgenossen zur Anerkennung der „Rechtsregeln" verbindet, wenn man ihn so bezeichnen will, eine allgemein gleiche, und so lange sich das objektive Recht nicht ändert, stets gleichbleibende Pflicht ist, stürmen nach der Auffassung Cosacks auf jeden Menschen in jeder Minute tausende der verschiedenartigsten Pflichten ein und belasten ihn vorübergehend, noch dazu so schnell, dass der Betreffende sich meistens, und wäre er der scharfsinnigste Jurist, dieser seiner Pflichten kaum bewusst wird. Man denke nur, es geht ein Mensch über eine belebte Strasse; hier strahlt ein Schaufenster seine Pflichten über den Harmlosen aus, der dessen sich bewusst werdend geht und sie damit wieder von sich schüttelt, längst aber schon durch die einer neuen Auslage sowie denen von einigen Dutzend Passanten überschüttet ist. — Diese ursachlosen Pflichten haben doch keinen praktischen Wert noch Zweck; die Güter und Personen werden auch durch sie nicht besser geschützt. Warum soll man sich verpflichtet fühlen, wenn man sich nicht verpflichtet hat oder aus guten Gründen gesetzlich verpflichtet ist?

Anders ist die Auffassung Dernburgs[1]):

„Recht im subjektiven Sinn ist der Anteil an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und gewährleistet".

Auch diese Definition leidet an Mängeln, denn zunächst ist Recht auf jeden Fall ein abstrakter Begriff und somit kein konkreter Anteil an den Lebensgütern; dann wird dieser Anteil an den Lebensgütern von dem allgemeinen Willen nicht besonders anerkannt und gewährleistet, sondern nur was darüber hinaus ist verboten; d. h. die sich schneidenden Interessen werden zurückgeschraubt auf eine bestimmte Grenze, innerhalb welcher sie sich möglichst nicht schneiden können, wo dann die Willensfreiheit des einzelnen freien Spielraum hat. Ferner verkennt diese Definiton, wie aus dem früheren hervorgeht, das Wesen des Rechts als Beschränkung, nicht Macht, sonst könnte hierin nicht versucht sein auf formell gleichbleibender Basis materiell heterogenes zu vereinigen, was übrigens für alle Versuche das „subjektive Recht" zu definieren gilt.

Dasselbe gilt von der Definition Jellineks[2]):

„Subjektives Recht ist das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse".

sowie von der Iherings[3]), der nur das Hauptgewicht auf das Interesse legt: „Recht ist rechtlich d. h. durch Klage geschütztes Interesse".

Betreffs des Interesses ist noch zu bemerken, ähnlich wie bezüglich des „Anteils" Dernburg's, dass das Recht nicht das Interesse selbst, sondern höchstens ein Schutz des Interesses ist[4]).

Selbst Lenel[5]), der schon auf dem rechten Wege ist, vermag sich nicht von der herkömmlichen Existens des „subjektiven Rechts" loszumachen, obwohl er darin nichts besonderes sieht:

„Es ist ein Grundirrtum, Recht als Macht aufzufassen, eine Auffassung, die aus dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens in die Wissenschaft übergegangen ist, dem Irrtum nämlich, dass das subjektive Recht etwas durch den Willen des Gesetzgebers Hervorgebrachtes, Gewährtes, Verliehenes sei. Es ist aber in Wirklichkeit das subjektive

---

[1]) Pandekten Bd. I S. 85.
[2]) System der subjekt. öffentl. Rechte S. 42.
[3]) Geist des röm. Rechtes III, § 60.
[4]) Vgl. auch noch Bernatzki im Arch. f. ö. R. Bd. V S. 193 folgde. und Crome, System des bürgerl. R. I, § 29, Anm. 1.
[5]) Exceptionen S. 2—3.

Recht, oder die Befugnis gar nichts von dem Willen des Gesetzgebers verschiedenes, sondern vielmehr dieser Wille selbst".

Zunächst erkennt Lenel, dass Recht keine eigene Macht ist, die den einzelnen Personen, etwa nach der Auffassung Cosacks über andere zusteht, sondern Recht ist eine ausser uns liegende Macht, die uns beschränkt, und das „subjektive Recht" ist gar nicht vorhanden als etwas von jenem Recht besonders Geschaffenes, sondern „es ist dieser Wille selbst". Hier wäre es nun am Platze gewesen, dass Lenel das tatsächlich auch ausgesprochen hätte, was er inhaltlich sagt, nämlich: es gibt keine sogenannten subjektiven Rechte, die rechtlich wirkende Macht bleibt immer das Recht selber, es benötigt nicht erst den Vermittler „subjektives Recht".

Windscheid[1]) geht dem subjektiven Recht näher auf den Grund und unterscheidet zwei Arten:

I. „Das Recht auf ein gewisses Verhalten". „Die Rechtsordnung hat auf Grund eines konkreten Tatbestandes einen Befehl zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen, und diesen Befehl demjenigen, zu Gunsten dessen sie ihn erlassen hat, zur freien Verfügung hingegeben". „Die Rechtsordnung hat sich des von ihr erlassenen Befehls zu seinem Gunsten entäussert, sie hat ihren Befehl zu seinen Befehl gemacht. Das Recht ist sein Recht geworden."

II. „Nicht diese Bedeutung hat das Wort Recht, wenn man z. B. sagt, der Eigentümer habe das Recht, seine Sache zu veräussern etc. Man meint in diesen und ähnlichen Redewendungen mit dem Worte Recht, dass der Wille des Berechtigten maſsgebend sei für die Entstehung von Rechten der zuerst gedachten Art etc. Es wird dem Berechtigten ein maſsgebender Wille zugeschrieben, nicht für die Durchsetzung, sondern für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung."

Die Willensäusserung also des Veräusserungsvorgangs ist nach Windscheid ein subjektives Recht II. Dagegen die etwa hieraus resultierende Forderung des Kaufpreises ein subjektives Recht der ersten Art. Erbittet sich der Käufer Stundung in der Zahlung des Kaufpreises, so ist also auch dieses rein freie Können des Bittens um Stundung ein subjektives Recht der zweiten, und, wenn die Stundung gewährt wird, ein subjektives

[1]) Pandekten, 8. Aufl. Bd. I S. 130 folgde., wo sich auch umfangreiche Literatur, teils angegeben, teils besprochen findet.

Recht der ersten Art. Mit anderen Worten, alles was man kann sind subjektive Rechte, zum mindesten jener zweiten Art; und die der ersten sind nur besonders gesetzlich erwähnt. Ein anderes Kriterium lässt sich dazwischen nicht finden. Es hat darnach der Mensch, soweit er nicht rechtlich beschränkt ist, nur noch Rechte, was er kann ist ein Recht. Alle diese freien Befugnisse Rechte zu nennen, hat keinen Sinn. Man müsste also in letzter Linie sagen, das Leben des Menschen äussert sich in Rechten. Der „Grundirrtum" in dem sich auch Windscheid befindet, geht besonders aus seiner die beiden Arten zusammenfassenden Definition hervor:

„Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensbeherrschung."

In allen Versuchen die „subjektiven Rechte" begriffsgemeinschaftlich zu definieren, kann man nur das Bedürfnis erblicken, die Machtäusserungen der Menschen zusammengefasst zu sehen in Entgegenstellung zu dem begrifflich einigen Rechte, das jene Machtäusserungen mit einer unüberwindlichen Schranke umgibt.

Es geht aus dem Dargelegten zur genüge hervor, dass einmal die bisherigen Versuche der namhaftesten Autoren vergeblich waren, eine korrekte, allen Anforderungen entsprechende Definition des „subjektiven Rechts" zu geben; zweitens, dass es überhaupt ausgeschlossen ist, eine solche zu geben. Es wird also auch hier das praktische Posultat gelten müssen, jenen wissenschaftlich unhaltbaren, nur verwirrenden Begriff, für den Rechtszweck völlig wertlosen Vermittler zwischen Recht und Rechtswirksamkeit, fallen zu lassen. Sein Ende wird in der Wissenschaft keine Lücke hinterlassen; eng verknüpft mit dem Recht bleibt auch ohne die Vermittlung des „subjektiven Rechts" der Anspruch.

§ 7. Der Anspruch.

Ehe auf den Anspruchsbegriff selbst eingegangen werden kann, ist es zunächst nötig, da in dieser Abhandlung die sogenannten „subjektiven Rechte" geleugnet werden, diese aber in weiten Kreisen der Literatur starken Einfluss haben auf die Ansprüche, kurz von den absoluten und relativen Rechten und den entsprechenden Ansprüchen zu handeln. Da die absoluten und relativen Rechte nur Unterarten des subjektiven Rechts sind, so fallen auch sie, und es ist nur besonders festzuhalten, dass das Recht immer absolut ist, dass es aber zur Verwirklichung bei seiner Verletzung, die doch eine konkrete

Tatsache ist, in seiner Absolutheit allein nichts auszurichten vermag; deshalb leitet sich zur Realisierung aus ihm der Anspruch her, welcher immer relativ ist.

Um auf die absoluten und relativen Rechte zurückzukommen: Ein absolutes Recht ist z. B. das Eigentum, d. h. der Eigentümer hat die Macht — hierbei Recht genannt — mit der betreffenden Sache beliebig zu schalten und zu walten: dies wenigstens im Normalfall, dass er nicht besonders eingeschränkt ist in seinen Befugnissen z. B. durch Hypotheken u. s. w. Dieses absolute Recht, welches schon selbst gegen jedermann geht, verleiht dann absolute Ansprüche gegen jedermann, dieses Recht zu achten; und erst im Falle der tatsächlichen Verletzung entsteht glücklich ein relativer Anspruch gegen den Verletzer.

Welch' kompliziertes System, welch' weiter Weg vom Recht bis zu seiner Realisierung, zum brauchbaren Anspruch. Während die von Cosack konstruierten Pflichten positiv etwa auf die absoluten Rechte in angeführtem Falle hinauskommen, und schon nicht sympathisch sind, bedeuten die aus ihnen sich ergebenden Aussprüche gegen jedermann selbst beinahe eine Ueberschreitung. „Was brauchst Du von mir zu begehren, dass ich ein Unrecht unterlasse? Du hast kein Recht dazu, mir anzusinnen, dass ich Deiner Initiative bedürfe . . .[1])."

Das Recht macht nach dieser Anschauung also erst folgende Metamorphosen durch, bis es realisierbar wird:
objekt. Recht - subj. (in besprochenem Fall) absolutes Recht —— absoluter Anspruch —— relativer Anspruch.

Es haben sich also zwischen Recht und dem brauchbaren Anspruch zwei, wie sich später zeigen wird, durchaus unnütze Bindeglieder eingeschoben. Worin besteht aber eigentlich der Unterschied zwischen diesen Einschiebseln untereinander? Auf jeden Fall war doch das eine überflüssig, denn:

I. ist der absolute Anspruch schon bei Bestehen des absoluten Rechts vorhanden, so sind sie logisch ihrem Inhalt nach identisch, der eine also überflüssig, wären sie nicht identisch, so könnte man mit derselben Logik noch weitere derartige absolute Ansprüche auf Achtung des immer vorausgegangenen absoluten Anspruches einschieben, und das bis zur Unendlichkeit.

II. Bestände der absolute Anspruch aber nicht gleichzeitig mit dem absoluten ungestörten „Recht", sondern erst als Resultat von dessen Störung, so wäre es ja wieder kein absoluter Anspruch, sondern gleich ein relativer; also eins von beiden auch hier unnütz. Man könnte also auch bei Existenz der absoluten Rechte im herkömmlichen Sinne in jedem Falle

[1]) Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. XIV, Recht u. Prozess S. 6 folgde.

der absoluten Ansprüche entbehren [1]). Wie stünde es nun mit den relativen Rechten und den Ansprüchen?

Die facultas alternativa z. B. ist ein relatives Recht; warum sollen diesem relativen Rechte sogleich nur relative Ansprüche bei einer Verletzung entspringen? Hat nicht Müller, dem die facultas alternativa gegen Schulze zusteht, nicht sowohl dieses relative Recht gegen Schulze, sowie den daraus im Falle einer Verletzung durch Schulze resultierenden relativen Anspruch, als auch gerade so gut in Consequenz mit der früheren Logik absolute Ansprüche der vorhin erwähnten Art, dass ihm also kein Dritter die Ausübung seines Rechtes vereitle, oder ihn darin störe? Die logische Begründung ist und müsste doch für beide die gleiche sein. Es müsste sich also folgendes ergeben:

Objekt. Recht — subjekt. Recht und zwar { absolut gegen / relativ „

{ jeden Dritten — absoluter Anspruch gegen Dritte —
{ Schulze. — relativer „ gegen Schulze.
{ relativer gegen einen dritten Verletzer.
{ —

Dieses ganze komplizierte und vielumstrittene System der subjektiven Rechte in ihrer Vermengung mit den Ansprüchen, ist jedoch besser und leicht zu entbehren, wofür die folgende Darstellung den Beweis zu erbringen sucht.

Um kurz zu recapitulieren: Es besteht das absolute alle beschränkende Recht; die Aktionsfähigkeit der Individuen ist eine unendlich manigfaltige, trotzdem ist sie rechtlich irrelevant, so lange sie sich innerhalb ihrer Rechtsperipherie bewegt, das sind freie Befugnisse und nicht Rechte, als welche sie sowohl im täglichen Sprachgebrauch als auch in der Wissenschaft erscheinen.

---

[1]) Vgl. auch Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 153: „Eine Verpflichtung oder Verbindlichkeit fliesst nur, wie gesagt, lediglich aus Obligationsverhältnissen, ebenso darf man die Pflicht jedes Dritten, ein fremdes dingliches Recht anzuerkennen und nicht zu verletzen nicht eine Verpflichtung oder Verbindlichkeit nennen, indem sich letztere immer nur zwischen zwei bestimmten Personen aus besonderem Grunde bewegt.“ — Sowie Kohler a. a. O.: „Dieser Anspruch als etwas vom Recht verschiedenes manifestiert sich namentlich auf dem Gebiete der absoluten Rechte. Das Eigentum an sich besteht ohne Anspruch, ein Anspruch erzeugt sich erst aus der Störung eines bestimmten Dritten. — Der Unterschied zwischen Recht und Anspruch ist im Gebiete der absoluten Rechte, der dinglichen am schärfsten ausgeprägt, weil hier das Recht erst mit dem Anspruch eine Richtung gegen die Person nimmt, während seither bloss Person und Sache gegenüberstanden. (Also nach Kohler zwar absolute Rechte, da er ja subjektive Rechte hat, aber wenigstens keine absoluten Ansprüche.) Aehnlich Kipp bei Windscheid Pand. § 43, Anm. 3 S. 156, bezeichnet den Anspruch gegen jedermann als einen „Begriff ohne selbständigen Wert.“

Durch die Ueberschreitung der eigenen Rechtsgrenze, wird die freie Interessenssphäre eines anderen verletzt, und es entsteht zum ersten Male das Bedürfnis, dass das Recht in Aktion trete, und diese Rechtswidrigkeit als einzig dazu autorisierte Macht wieder gut mache. Dies tut das Recht, indem es den Anspruch des Verletzten gegen den Verletzer auf Beseitigung der partiellen oder totalen Störung, Wiedererlangung des ihm zukommenden Quantums Freiheit entstehen lässt. Deshalb richtet der Verletzte gegen den Verletzer seinen Anspruch auf etwas, was er ohne jene vorausgegangene Störung von diesem nicht verlangen könnte und dürfte, ohne selbst das Recht zu verletzen. Am deutlichsten ist das erkennbar z. B. im Falle der Selbsthilfe, Notwehr, Pfändung u. s. w., alles Willensäusserungen, die nur auf Grund einer Verletzung erlaubt sind. Die Ansprüche bedeuten also eine vom Recht zugelassene Erweiterung seiner Aktionsfähigkeit; die Rechtsgrenze ist zu Gunsten des Verletzten in den Interessenskreis des Verletzers genau soweit hineingeschoben, als der vorher zugefügte Schaden betrug. Diese Ansprüche lassen sich nun nicht schematisch allgemein konstruieren, sondern sie sind ganz kasuistischer Natur. Regelsberger spricht sehr treffend von Anspruchsfiguren.

Der Anspruch hängt also durchaus mit einer Störung, Verletzung zusammen, ohne diese kein Anspruch. Verletzt wird einmal die freie Willensfähigkeit des im konkreten Fall in Betracht kommenden, in jedem Fall aber das Recht; und aus seiner Verletzung, Nichtachtung lässt es dem Verletzten einen Anspruch entstehen. Man benötigt also die Vermittlung des subjektiven Rechtes nicht. Aehnlich Thon[1]: Dies ist aber auch das einzige und hauptsächlichste Merkmal, was sich von dem Begriff des Anspruchs aussagen lässt; die konkreten, einzelnen Ansprüche werden, da sie eben kontrete, praktische Casuistik verlangen, soweit sie interessieren, am besten in Hinblick auf ein sie reichlich behandelndes Gesetz gebracht. Hierfür ist gerade in erster Linie das B. G. B., da es die in der Literatur darüber verbreiteten verschiedenen Ansichten zum Teil in sich fasst, oder Gelegenheit gibt, sie zu berühren, geeignet.

Wenn also die Entstehungsursache der Ansprüche so allgemein gleich ist, dass man ruhig diese Gleichheit als begriffswesentlich bezeichnen kann, so ist trotzdem in den einzelnen Fällen immer noch die quaestio facti vorhanden, wann ist die Norm verletzt, das dass also als notwendig vorausgesetzt.

---

[1]) Thon, Rechtsnorm u. subjekt. Recht S. 250 folgde.

Das B. G. B. zunächst kennt nur Ansprüche gegen bestimmte Personen; es scheidet also jene vorab behandelten absoluten Ansprüche aus; der Anspruch des B. G. B. ist immer relativ. Doch ist der Standpunkt des B. G. B. durchaus kein reiner und kann es auch gar nicht sein, da dieses Gesetz ja auf dem Fundament der subjektiven Rechte aufgebaut ist. So lässt das B. G. B. andererseits nach § 198 Ansprüche schon entstehen, sobald z. B. eine Forderung begründet wird, und nicht erst, wenn die Erfüllung vergeblich gefordert wird, resp. auch ohne tatsächliche Einforderung, soweit nicht eine Stundung in ihr liegt, was allerdings die Regel bilden wird, wenn der Termin der Erfüllung fruchtlos vorbeigeht, wenn also nach römischem Rechte actio nata est [1]). Der so entstandene Dualismus zwischen Anspruch und Klagerecht (hierunter wird speziell der Anspruch verstanden, welcher Aussicht auf günstiges Urteil nebst der Berechtigung dazu gibt; dies ist aber bei Vermeidung des Dualismus mit jedem Anspruch der Fall) wäre besser vermieden worden. Denn, was tut man mit einem Anspruch gegen den A., wenn dieser nicht daran denkt zuwiderzuhandeln. Es ist in diesem Fall einerlei, ob ich einen Anspruch für mich habe, oder keinen. Derartige Differenzierungen bedeuten nur Ballast und sind vorzüglich geeignet, durch Komplikationen Unklarheiten hervorzubringen. Aus diesem Dualismus des B. G. B. geht geradezu hervor, dass der formelle Rechtsakt einer Obligation an sich eine besondere Bedeutung hat, während er doch nur zum Teil der Rechtssicherheit wegen beachtet wird, und doch nur der Inhalt, der wirtschaftliche Zweck der Obligation, z. B. das Geldgeben beim Darlehn das entscheidende Moment bildet. Das B. G. B. lässt also den Anspruch beim formellen Abschluss entstehen, den realisierbaren Anspruch aber auf die Summe, den beispielsweisen Inhalt des Rechtsgeschäfts, lässt es dagegen durch die Macht logischer und praktischer Notwendigkeit dazu gezwungen bei den betagten und aufschiebend bedingten erst mit dem Termin entstehen. Wozu also jener erste Anspruch? Wodurch unterscheidet sich dieser Anspruch von dem ausserdem vorhandenen subjektiven, relativen Recht? beide gehen doch gegen bestimmte Personen und sind vorläufig nicht realisierbar. —

Ferner lässt das B. G. B. bei den vorhin erwähnten Geschäften, wenn der wirkliche Anspruch, z. B. auf die Summe, glücklich entstanden ist, denselben, obwohl er mittlererweile vom Berechtigten gestundet ist, gleichviel weiter bestehen.

[1]) Dig. 44, 7. l. 51 (und Inst. I. 4, 6 pr.). Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

Dies geht aus § 202 in Anwendung von § 205 hervor, wo die Verjährung gehemmt wird, anstatt unterbrochen. Ein derartig durch Stundung illusorisch gewordener Anspruch müsste doch untergehen für die Zeit der Stundung, und erst mit dem Termin des Ablaufs der Stundung wieder neu entstehen. Dieser gestundete, also nicht realisierbare Anspruch hat denselben Charakter und Wert, wie jener oben erwähnte schon bei Abschluss einer Obligation entstehende. § 202, 1 hätte besser gelautet: „Die Verjährung ist unterbrochen, solange u. s. w.“ Warum soll denn auch der A. durchaus von Gesetzes wegen einen Anspruch haben (noch dazu einen unbrauchbaren), mit dem ja allerdings nichts anzufangen ist, wenn er doch darauf, und sogar auf einen wertvollen Anspruch, selbst durch seine Stundung verzichtet? Um dies ad absurdum zu führen: Man hätte ebensogut bei jeder Verletzung sofort von Gesetzes wegen zu Gunsten des vielleicht minimal Verletzten einen Anspruch zum Entstehen bringen können, — (in Rücksicht auf den öffentlich rechtlichen Gedanken, dass jeder, der normwidrig handelt, so handelt, wie wenn zwischen ihm und der Gesamtheit keine Rechtsgemeinschaft bestünde, und da das eine Gefahr für die Gesamtheit ist, diese sich aus diesem Grunde auf jeden Fall zum Einschreiten genötigt sieht) — auf den ebenfalls vom Berechtigten nicht hätte verzichtet werden können; es wäre in solchen Fällen dann nahezu der Verzicht weggefallen, was gewiss recht unpraktisch wäre.

Auch betreffs des Anspruchs auf ein Unterlassen begeht das B. G. B. den Gedankenfehler. Denn nach § 198: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruches. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung.“

besteht ja schon vor der Zuwiderhandlung der Anspruch. Dagegen beginnt die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung. Ein neuer Dualismus, der ebenfalls besser vermieden wäre, zumal da die Verjährung einen vorzüglichen Prüfstein für die Entstehung des Anspruchs abgiebt. Uebrigens kommt auch dieser nur in der Casuistik neue Dualismus auf die schon vorerwähnten seinem Wesen nach hinaus.

Kohler a. a. O. bemerkt betreffs des Anspruchs, obwohl er ähnlich wie das B. G. B. an den subjektiven Rechten festhält, trotzdem: „Das Recht ist nicht der Anspruch, aber das Recht hat die Möglichkeit Ansprüche aus sich zu erzeugen. Unter Anspruch aber versteht man die präsente Befugnis von einem andern eine Tätigkeit oder Unterlassen einer Tätigkeit zu begehren“ und „zum Anspruch kommt es erst, wenn die Zeit der Erfüllung herangekommen ist“

und „auch bei Obligationen besteht vorher kein Anspruch, also sind Obligationen selbst nicht Ansprüche.“ — Diese Darstellung von Kohler erübrigt weitere Darlegungen betreffs der Ansprüche im B. G. B. Wenn nun auch die Ansprüche erst durch die Zuwiderhandlungen — einerlei ob diese sich durch Handlung oder Unterlassen, Versäumung des Termins manifestiert — entstehen, so darf man jedoch nicht zuweit gehen und etwa darunter die tatsächliche Verfolgung einer Befugnis verstehen [1]). Die tatsächliche Verfolgung hat mit den Ansprüchen selbst wenig gemein; sie verhalten sich wie causa und Folge.

Da der Anspruch aus dem Bedürfnis entspringt, dass das Recht realisiert werde, so ist er dem entsprechend vorzüglich praktischer Natur. Da das Privatrecht jedoch diesen Hauptzweck vielfach aus dem Auge verloren hat, und man möchte fast sagen, eine Reihe unpraktischer Ansprüche gebildet hat, so ist es nicht zu verwundern, wenn die C. P. O. mit diesen Ansprüchen ohne weiteres nichts anfangen kann, und sie erst nach ihrer Ausführbarkeit hin praktisch macht. Doch weil auch hierbei wieder die gewöhnlichsten subjektiven Befugnisse als besondere subjektive Rechte erscheinen, muss auch der Anspruch der C. P. O. ein eigentümliches Gebilde werden. Er ist also auch ein Anspruch. Bei den begrifflich verschiedenen Anspruchsarten im positiven Recht (B. G. B., C. P. O. u. s. w.) und in der diesbezüglichen Literatur ist es, wie schon gesagt, ganz unmöglich, von einem Anspruchsbegriff zu reden, was doch unzweifelhaft ein Mangel der einzelnen begrifflich verschiedenen Anspruchsarten ist. Es brauchte durchaus kein Unterschied zu bestehen zwischen dem Anspruchsbegriff der C. P. O. (der die einzelnen Ansprüche in seiner Art zusammengefasst) und dem Anspruchsbegriff des B. G. B. (der zur praktischen Verwendbarkeit nicht richtig durchgebildet ist).

Der Anspruchsbegriff der C. P. O. fasst, indem er selbst sich nur teilweise aus den Fehlern des Privatrechts losmacht (dadurch dass er, wie erwähnt, die gewöhnlichen subjektiven Befugnisse als subjektive Rechte anerkennt) zwei verschiedene Arten in sich:

I. Der betreffende materiell zu Grunde liegende Anspruch, der sich von dem privatrechtlichen dadurch vorteilhaft unterscheidet, dass er tatsächlich realisierbar ist — jene

---

[1]) So Dernburg, Pand. 7. Aufl. Bd. I. S. 86; er unterscheidet:
a) tatsächliche Verfolgung
b) gegenwärtige Befugnis auf Tun oder Unterlassen eines andern
} und bezeichnet beides als Anspruchsarten.

unpraktischen, vorläufig nicht realisierbaren fallen also in der C. P. O. weg. —

II. Das Begehren an den Staat um Entscheidung.

Nachdem Anspruchsart I in der Anführung selber hinlänglich klargestellt ist, sei gleich auf II näher eingegangen. Während im Privatrecht ausser den beiden bestimmten Parteien unter ihnen noch ein besonderer Rechtsgrund zur Entstehung eines Anspruchs verlangt wird, und dies beides ebenso für Art I, ein Erfordernis was, wie sich aus dem Wesen des Anspruchs ergibt, immer zu verlangen ist, wird davon das letztere Erfordernis für den Anspruch unter II, man möchte fast sagen, ganz fallen gelassen. Man begnügt sich mit dem Postulat der beiden bestimmten Parteien (Kläger — Staat) und findet den besonderen Grund des Anspruchs in der Pflicht des Staates zur Ausübung der Gerichtsbarkeit. Dies ist aber doch kein besonderer Grund für den Kläger A., denn dieser Grund ist ein ganz allgemeiner, er steht ebensogut dem X. und dem Y. zu. Ausserdem ist es kein Rechtsgrund, der doch zur Begründung eines Anspruches notwendig ist, der Staat hat doch das Recht nicht verletzt. Es wird hier verkannt, dass der Staat d. h. die Allgemeinheit doch nur die Ausführung des Rechtens hat, und zwar aus dem Grunde, weil er dies am besten aus leicht ersichtlichen Gründen, zu besorgen vermag. Da die Allgemeinheit diese Ausführung ihres für sie geltenden Rechts übernehmen musste, so musste sie damit auch die Pflicht übernehmen, ähnlich wie eine Eisenbahn jedermann unter gewissen Bedingungen zu befördern hat, im vorkommenden Falle jedem unter vorher allgemein festgelegten Voraussetzungen zu Diensten zu stehen. Es fehlt hier also an dem besonderen und an den Rechtsgrund. Es ist dieses Begehren um Entscheidung an den öffentlich verpflichteten Staat weiter nichts als jede andere subjektive Befugnis. Der also um dieses angeblich gegen den privatrechtlichen erweiterte Anspruchsbegriff schrumpft im Schmelztiegel strenger Logik über dem Feuer der Kritik wieder um das angeblich hinzugefügte zusammen und nähert sich damit dem des Privatrechts; ja aus dem früher Gesagten geht jetzt hervor, dass der Anspruchsbegriff der C. P. O. eigentlich nicht ein im Verhältnis zum Privatrecht erweiterter ist, sondern ein engergefasster, und zwar der Anspruch der allen Anforderungen entspricht. — Erst im Falle einer Rechtsverweigerung, die z. B. reichsgesetzlich nicht besonders erwähnt wird [1]), ausser

[1]) Dagegen z. B. Code civil art. 4: Le juge, qui refusera de juger sous prétexte de . . . . , pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

betreffs ihrer Abhilfe in der Verfassungsurkunde des Deutschen Reichs Art. 77, entstünde ein Anspruch an den Staat auf diese einmalige, verweigerte Rechtssprechung, also ein öffentlichrechtlicher Anspruch. Das allgemeine Begehren ist kein Anspruch; wie soll man übrigens, wenn man sich auf den Boden des herkömmlichen Anspruchsbegriffs der C. P. O. stellen wollte, den tatsächlichen Anspruch aus der Rechtsverweigerung bezeichnen?

Mit der Aufnahme jenes Begehrens als Anspruch ist es auch gekommen, dass man in den Feststellungsklagen nur einen Feststellungsanspruch, d. h. nur jenes Ersuchen an den Staat erblickte, ohne darin auch noch einen dem erst zu Grunde liegenden materiellen Anspruch zu erkennen.. Doch auch beim Feststellungsanspruch ist, abgesehen von dem Begehren auf Entscheidung, tatsächlich noch ein privatrechtlicher Anspruch vorhanden. Es sei zunächst der Hauptfall des Feststellungsanspruches, wie er sich aus C. P. O. § 256 ergibt, beachtet. Das Haupterfordernis an den Kläger bildet hier das rechtliche Interesse, welches dieser darzutun hat. Dieses aber geht doch nicht nur auf eine ihm drohende, sondern es entspringt in Wirklichkeit gerade aus einer schon vollendeten Störung. Der Kläger ist schon in seiner Rechtsruhe dadurch gestört, dass, wenn er nicht aggressiv vorgeht, ihm alsbald eine tatsächliche, weit grössere Störung bevorsteht. Ist es etwa nicht Störung genug, gerichtlich vorgehen, d. h. in diesem Falle eine unbeliebte Handlung vornehmen zu müssen, um nur jene Rechtsruhe, die dem betreffenden ohnedies gebührt, sich auch für die nächste Zukunft zu wahren [1]). — Auch in C. P. O. § 280 findet sich ein derartiger Feststellungsanspruch, nur nach Lage der Sache besonders beachtet und modifiziert. Ebenso verhält es sich auch mit den Ansprüchen auf Ehescheidung, Aufhebung der Entmündigung u. dgl. [2]).

§ 8. Die äussere Erscheinung des Rechts.

Aus dem Recht entstehen also durch seine Verletzung die Ansprüche. Da es nun die Aufgabe des Rechts ist, das äussere Verhalten der Rechtsgenossen so zu regeln, dass jedem die bestmöglichste Freiheit gewährleistet wird, da andererseits aber die Beziehungen der Menschen untereinander bei hochentwickelter Kultur beständig wild und mild durcheinanderwogen,

[1]) Zum selben Resultat kommt auch Leonhard (Zeitschr. f. C.Pr. Bd. XV. S. 327 folgde.

[2]) Vgl. darüber z. B. Fitting, Reichszivilprozess IX. Aufl. S. 31.

so ist es wohl ausserordentlich schwer, das Recht auch immer sich in Ansprüchen auflösen zu lassen. Wie oft erwartet man vom Recht, dass es eingreife, man sagt dann, das ist doch nicht recht, aber — es entsteht doch kein ausgleichender Anspruch. Daraus ist nun nicht zu schliessen, dass in dieser Beziehung kein Recht existiere. Das Recht ist immer vorhanden, denn es hat ja nicht allein den praktischen Zweck tatsächlich in Wirksamkeit zu treten, sondern auch die vielfach nur schwer durchführbare Aufgabe, in alle, selbst die feinsten Äderchen und Poren des menschlichen Gesellschaftslebens, Verkehrs einzudringen, sie ordnend zu durchdringen. Tritt das Recht also nicht in Wirksamkeit, so liegt das an andern Ursachen z. B. Gesetzeslücken u. s. w. Doch nicht nur in solchen Fällen, sondern auch im Zustand vollkommener Rechtsruhe würde das Recht wenn auch latent vorhanden sein. Dieser ideale Zustand wird zwar nie existieren „denn die Menschen sind böse von Jugend auf", es wird die Rechtsgrenze gewissermassen „ubique, semper et ab omnibus" überschritten. Weil nun einmal die Ueberschreitungen einen so beständigen Charakter haben, dass sie in das Ordinarium der Erscheinungen des täglichen Lebens gehören, so war und ist es angebracht aus praktischen Gründen, der Vereinfachung, Schnelligkeit und insbesondere der Einheit der Rechtssprechung, der Publizität u. s. w., eine möglichst alle häufigen und wichtigen Vorkommnisse umfassende Menge derselben systematisch für das Recht festzulegen, um darnach die jeweils vorkommenden Ueberschreitungen der Rechtsgrenze rasch einordnen zu können. Es manifestiert sich das Recht dabei in verschiedenen Formen. Von den Anfängen eines Gewohnheitsrechts bis zu einer umfassenden Codifikation ist zweifellos ein grosser Abstand. Es wird aber trotzdem je nach Lage der Dinge darauf ankommen, ob für das Recht die Form des Gewohnheitsrechtes oder des Gesetzesrechtes das bessere oder geringere Kleid ist. Das Gesetzesrecht ist etwas starres, deshalb, soweit seine Macht reicht, unbedingt sicheres, andererseits ist es gerade wegen seiner Starrheit nicht so anpassungs- und veränderungsfähig, wie es oft zu wünschen wäre. (Typisches Beispiel ist das alte römische Civilrecht.) Das Gewohnheitsrecht dagegen schmiegt sich leicht den auftretenden Bedürfnissen an, ist aber deshalb wieder unsicher.

Der Staat, dem die Aufgabe zufällt, dem Recht entsprechend den wirtschaftlichen und sonstigen Berücksichtigung verlangenden Lebensverhältnissen angepasst, die äusserlich für jedermann zutage tretende Form zu geben, bringt dies heute wohl meist in der Normierung zur Geltung. Diese, selbst die

besten Codifikationen können jedoch nie eine vollständig geschlossene Reihe darstellen; es wird dabei immer beim misslungenen Versuch bleiben[1]). Es sind also die Gesetze keineswegs selbst das Recht, sondern nur die äussere Erscheinung, das Kleid, in welchem jenes sich präsentiert. Und selbst, wenn es gelänge, für einen bestimmten Zeitpunkt jene geschlossene Reihe tatsächlich herzustellen, sie hätte auch nur den Wert eines anderen Gesetzeskomplexes, denn ehe sie nur in Kraft träte oder im nächsten Augenblick würde die geringste Aenderung in den Lebensverhältnissen ein Heer von Ansprüchen beseitigen, ein anderes hervorrufen. Das Recht ändert sich „darum kann es gar nicht anders sein, als dass das Recht der sozialen Wirtschaft gegenüber in die zweite Linie tritt. Es ist abhängig, gehorchend, dienend, und muss es sein, weil es sonst allen Sinn verlieren würde. Die gesellschaftliche Wirtschaft ist das bestimmende und befehlende“ [2]). Es ist nur möglich für die wichtigsten, immer oder doch längere Zeit wiederkehrenden Lebensverhältnisse solche Regeln aufzustellen, die nur ein Gerippe darstellen, die Fundamente der Rechtsanschauung einer bestimmten Gesellschaft. Diese Rechtsanschauung ist in ihrem Wert durchaus nicht zu unterschätzen, denn gerade sie ist es, die entsprechend den fortschreitenden Bedürfnissen dem Recht entsprechende Geltung zu verschaffen sucht: indem sie z. B. Sittengesetze ev. sogar Moralgesetze u. s. w. herab und hinein ins Recht zieht, um die Lücken zu beseitigen; sie provisorisch auszufüllen ist ja vielleicht ohnehin deren Aufgabe, Aufgabe aller der Gesetze, die ausser den Rechtsgesetzen als Verbindlichkeiten wenn auch ohne Zwangskraft an den Menschen herantreten[3]).

Betrachtet man nun die Gesetzesvorschriften selbst. so sind sie teils verbietender, teils gebietender Natur, andere wieder verneinenden, andere deklaratorischen Inhalts. Da könnte es nun scheinen, als ob dies dem im § 5 Gesagten widerspräche. wo gesagt wurde, das Recht enthalte, da es die Menschen in ihrem äusseren Verhalten beschränke, nur Verbote. Und selbst wenn man ohne weiteres alles auf Verbote, dem ja logisch nichts im Wege stünde, hinauskonstruieren wollte, so könnte man ja doch schliesslich einwenden, dass es bei dieser Frage — wie man die Gesetzesbestimmungen, ob als Verbote oder

---

[1]) Kindel, d. Recht an der Sache: „Jedes Gesetz wird lückenhaft bleiben, kann und soll eben das nächstliegende berücksichtigen, eine wissenschaftliche Codifikation ist ein Unding“.

[2]) Stammler, Wirtschaft und Recht.

[3]) Windscheid, Pand. S. 138, Anm. 4.

Gebote u. s. w. konstruieren wolle — nur auf den Standpunkt ankomme, auf den man sich hierbei als den primären stelle, da man ja je zwei positive und negative Funktionen gegenüber habe: Gebot — Verbot, Handeln — Unterlassen. Diese Frage kann aber nach dem zu Beginn dieses § Gesagten nicht mehr streitig sein, sondern gerade aus der Natur des Rechts als Beschränkung ist zu entscheiden. Hier schon liegt die Entscheidung und nicht erst in den vorhin dargelegten äusseren Formen, die das Recht annimmt. Das Objekt des Rechts — das Beschränkte — ist die zuweitgehende Freiheits-Willensäusserung der Menschen, also etwas positives — das ist der Wille seinem Wesen nach immer — und hiergegen setzt das Recht Verbote, und erst um diese durchzuführen, bedarf es, wie dargelegt, eines grossen Apparates von Vorschriften, die sich in allen möglichen Formen, positiv, negativ, deklaratorisch u. s. w. ausgesprochen finden[1]).

§ 9. Über die allgemeine Rechtseinteilung.

Sobald das Recht in Erscheinung tritt, kann man es seinem Inhalt nach zerlegen. Der Apparat des Rechts funktioniert in zwei verschiedenen Richtungen. Einmal regelt er das äussere Verhalten der Menschen untereinander, oder da dies in bezug auf das früher Gesagte zu Missdeutungen Anlass geben könnte, besser der einzelnen Personen oder Personenkreise innerhalb der gesamten Rechtsordnung untereinander; zum andern regelt er das äussere Verhalten zwischen den einzelnen Personen oder Personenkreisen und der Gesamtheit. Das Privatrecht und das öffentliche Recht. Es wurde gesagt, diese Einteilung finde nur statt, wenn das Recht in Erscheinung tritt, gewiss, denn in letzter Linie müsste ja auch das öffentliche Recht mit dem Privatrecht sich decken, da doch auch die Gesamtheit nur die anderen einzelnen nur in toto vereinigt sind. Mit dem Rechtsbegriffe hat diese Einteilung weiter nichts zu tun. Das öffentliche Recht ist in vieler Hinsicht ein Hilfsmittel zur Durchführung des Privatrechts, eine Hilfe, die sich in ihren Entstehungsgründen sowohl durch die allmächtige Natur, als durch überlegende Vernunft den Menschen aufdrängte. Diese Einteilung ist uralt[2]); sie entspringt sowohl dem wissenschaftlichen Bedürfnis als der prak-

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. S. 42, Anm. 6 und Windscheid, Pand. Bd. I. S. 99, 100.

[2]) Ulpian in Dig. I. 1, 1. 2 sowie in seinen I. lib. inst. § 4 und Just. Inst. I. 1, 4: Huius studii duae sunt positiones, publicum aut privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet.

tischen Verwendbarkeit. Wo liegt nun aber die Wasserscheide, das entscheidende Moment? Ist eine strenge Scheidung überhaupt möglich? Gehen wir von der Unterscheidung der Römer aus, so kommen wir auf das Interesse als das entscheidende Moment. Ist also das Einzelinteresse das ausschlaggebende, so haben wir Privatrecht, überwiegt dagegen das allgemeine Interesse, so haben wir öffentliches Recht. Bei dieser Unterscheidung kann aber von einer strengen Abgrenzung sicher nicht die Rede sein, da die Einzelinteressen mit den Gesamtinteressen und umgekehrt zu innig verknüpft sind. Eine andere Unterscheidungsart[1]) will neben jener ersten als wissenschaftlichen noch ein praktisches Kriterium zulassen; nämlich den Civilprozess. So oft dieser entscheidet ist Privatrecht, wenn nicht öffentliches Recht vorhanden. Es mag ja diese praktische Art vielfach zu richtigen Resultaten führen, aber dieser Prüfstein leidet selbst an verschiedenen grossen Mängeln. Zunächst regelt der Civilprozess einmal nicht alle privatrechtlichen Verhältnisse (vgl. G. V. G. § 13), des andern trägt er auch nicht einen ausschliesslich privatrechtsentscheidenden Charakter (z. B. Staatsanwalt in Ehesachen), zweitens aber bedarf der Civilprozess doch selbst erst der Einordnung. Die Trennung muss also schon da sein, erst rückwärts kann man nach ihm eine teilweise Ueberprüfung vornehmen, die selbst ganz davon abhängt, welchen Inhalt man dem Civilprozess erst zugeteilt hat. So waren die actiones poenales in Rom privatrechtlicher Natur, da sie im Wege des Civilprozesses erledigt wurden. Dieses praktische Kriterium ist also von ziemlich untergeordneter Bedeutung. Wieder andere finden das Wesentliche darin: im Privatrecht stehen sich die Parteien als gleichberechtigt gegenüber, im öffentlichen Rechte nicht, sondern im Verhältnis von Uebergeordneten und Untergeordneten. Obwohl auch dieses Moment inhaltlich wenig bringt, so wirft es doch ein recht gutes Schlaglicht auf die Frage. Diese Auffassung ist nahe verwandt mit der römischen. Beide in Verbindung gebracht ergeben: Verschiedene Interessen sind gleichwertig, wenn sie beide eine singuläre Bedeutung haben, sie sind ungleichwertig, wenn sich die Allgemeinheit gegen den Einzelnen stellt, alsdann beansprucht diese Subordination des Einzelwillens. Die Hauptfrage bleibt auch hier unentschieden.

So drängt sich der Gedanke auf, dass in dieser Frage eine rein theoretische Entscheidung wegen der allzugrossen Verquickung von Einzel- und Gesamtinteresse nicht angängig ist, dass es daher auf die jeweilige Rechtsauffassung ankommt, wie

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. S. 45.

und wo die Scheidung stattfinden soll. Ferner liegt der Gedanke nahe, dass, während der Inhalt des Privatrechts ein ziemlich einheitlicher ist, nämlich alle Regeln, die das äussere Verhalten des einen Rechtssubjekts zum andern betreffen, der Inhalt dessen, was unter das öffentliche Recht gezählt wird, kein einheitlicher ist; es ist hier nicht allein das äussere Verhältnis zwischen den Einzelnen und der Gesamtheit geregelt. Die einzelnen Gruppen des öffentlichen Rechts sind zum Teil ganz verschiedenartig z. B. das Prozessrecht — Strafrecht — Völkerrecht. Daher liegt eine Abgrenzung mehr negativer Art nahe, nämlich, das Privatrecht fest zu umgrenzen; was darüber hinaus ist, gehört dann nach dem vorhandenen Dualismus ins öffentliche Recht. Eine Spezialuntersuchung hierüber wird dann ergeben, ob es angezeigt ist, unter dem öffentlichen Recht alles andere zu behalten — es müssten hinreichend gemeinsame Momente unter allen vorhanden sein — oder ob eine weitere Trennung vorzuziehen ist. Von besonders grossen praktischen Wert ist die Scheidung von öffentlichem und privatem Recht überhaupt nicht; ja es kann besser sein, wenn man z. B. in einem kleineren Gesetz wie Konkurs, Zwangsversteigerungsgesetz u. s. w. die privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Vorschriften zusammenbehält.

Es ist auch schon eine Dreiteilung gemacht worden, indem man das Kirchenrecht als selbständige Gruppe aufgestellt hat. Auch mit dem Völkerrecht ist die Einordnung zweifelhaft.

Was zunächst das Kirchenrecht anbetrifft, so enthält dies sowohl öffentlichrechtliche wie privatrechtliche Vorschriften aber nicht des Staates, sondern einer andern Gemeinschaft, der Kirche. Das staatliche Recht und das Kirchenrecht sind also zwei Rechte, die bezüglich der von ihnen betroffenen Rechtssubjekte konkurrieren. Ihre Normen müssen und haben Gebiete in den Lebensverhältnissen betroffen (z. B. Eherecht, Strafrecht); die jedes für sich ausschliesslich beanspruchte und beanspruchen musste; es können nicht zwei verschiedene Rechte für dieselben Personen gleichzeitig gelten. Die Entscheidung hierüber ist und war dann nur eine Machtfrage. Wer übt von beiden die grösste Macht auf die von beiden betroffenen Personen aus. Dies muss doch, da die Gesetze selbst von Menschen gemacht werden, für das Widerstehen oder Nachgeben der Gesetze des einen Teils die Kernfrage bleiben. Zu einer äusserlich zu Tage tretenden Kraftprobe zwischen Staat und Kirche kann es erst kommen wenn z. B. letztere keine so grosse Macht, wohl rein auf die Gemüter der betreffenden Staatsuntertanen ausübt, wie der mit mehr äusseren Zwangsmitteln ausgerüstete Staat. Jedenfalls stellt

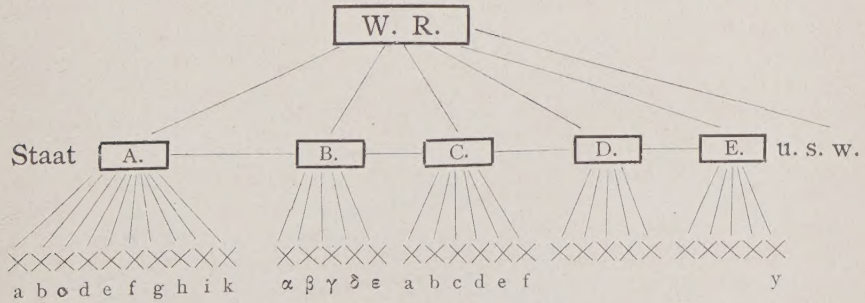
eine internationale Gemeinschaft, wie die protestantische, oder mehr noch wie die festgeschlossene römisch-katholische Kirche gegen einen einzelnen Staat eine sehr beachtenswerte Macht dar, welche den Kampf selbst mit den grössten Staaten mit vorübergehenden und ebenso schon mit dauerndem Erfolg auf die innere Politik des Staates ausgefochten hat.

Die Stellung von Kirchenrecht und Staatenrecht ist also eine relative. In Staaten, wo der Staat allein die Recht setzende und gebende Gewalt ist, wo also der Staat das Kirchenrecht nicht selbständig neben sich anerkennt, ist das Kirchenrecht, soweit es von Staates Gnaden besteht, Privatrecht, nicht anders wie eine Vereinssatzung. Wo dagegen der Staat seine Rechtsgewalt teilweise einschränkt, und da das Kirchenrecht unbeschadet gelten lässt, seinen Befehlen noch den Zwangskurs verleiht, es also als selbständige Autorität neben sich anerkennt, da ist das Kirchenrecht je nach seinen Vorschriften bald öffentliches, bald privates Recht. Ohne weiteres kann man also das Kirchenrecht nicht entweder als öffentliches oder privates Recht bezeichnen, sondern es kommt ganz auf den Standpunkt an, den die Rechtsgenossen in dieser Hinsicht einnehmen. Es fragt sich also nur das wohin das Kirchenrecht einzuordnen ist, die Möglichkeit ja die Notwendigkeit der Einordnung selbst ist logisch unbestreitbar. Nur die Verschiedenheit, mit der der eine oder andere Staat das internationale Kirchenrecht behandelt, lassen es rechtfertigen, wenn in der ebenfalls internationalen Wissenschaft das Kirchenrecht bisweilen weder als öffentliches noch als privates Recht angesehen wird.

Ganz anders steht es mit dem Völkerrecht. Während sonst im Rechte die einzelnen Menschen als Rechtssubjekte (höchstens eine Anzahl zusammengenommen, die aber immer nur einen Bruchteil der Gesamtheit ausmachen) in Wertung kommen, erhebt sich das Völkerrecht gewissermassen auf eine erhöhte Ebene. Die einzelnen Staaten treten da als die einzelnen Rechtssubjekte auf; und es wird im Völkerrecht das Verhalten der Staaten als solchen zu einander geregelt durch Gesetze, die über den einzelnen Staaten wenigstens stehen sollen. So passt das Völkerrecht in den Rahmen der römischen Anschauung über das Wesen des öffentlichen Rechts nicht hinein; denn dort wird das Verhalten zwischen Einzelnen und Gesamtheit in Stellung gebracht; auch nicht anwendbar ist die Anschauung betreffs der Unter- und Ueberordnung sondern es lässt sich nur nach dem hier vertretenen Gesichtspunkt einer negativen Scheidung ins öffentliche Recht hineinbringen. Jene über den Staaten stehende Macht müsste eigentlich für mensch-

liche Machtverhältnisse eine riesig grosse sein, der, wie wir einzelnen Menschen dem für uns allgewaltigen Staat, alle Staaten der Erde einmal unterworfen sind. Doch das ist vorläufig noch Zukunftsmusik, mit dieser Macht ist es noch recht zweifelhaft bestellt, und so ist das Völkerrecht eher noch ein System von Rechtshoffnungen. Eine positive die einzelnen Völker beherrschende Macht fehlt, andererseits ist sie, und das heute wohl meistens, in der einzelnen Kasuistik doch vorhanden in dem schrecklichen Gespenst der Verantwortung eines Krieges und seiner Folgen; kurz in Dingen, die dem Völkerfrieden so allseitig tiefe Wunden schlagen, dass sie doch eine machtvolle Sprache führen auf die einzelnen Staaten als den Centralen der Regungen der Einzelwillen, deren Lebensverhältnisse durch derartige Eruptionen in ihren Grundfesten erschüttert werden. Was ist ein Menschenglück und Menschenleben im Völkerstreit, und alle sind sie doch dann gefährdet! Dieses kasuistisch auftretende Regulativ kann zwar jene Obergewalt nicht ersetzen, aber sie immerhin wenigstens provisorisch vertreten. In der in neuerer Zeit stetig im Verhältnis zunehmenden Zahl der Schiedsverträge, in den Haager Conventionen in dem allseitigen, vorhandenen und gebotenen Streben, dieselben noch besser auszubauen, ist das Bestreben erkennbar, jene alle Staaten gleich beschränkende Gewalt zu fördern, ihr mehr und mehr positive Fassung und Kraft zu geben.

Nach Erörterung dieser Gesichtspunkte, die doch beim Völkerrecht die maſsgebenden sind, resp. voraussichtlich noch werden, ist es ersichtlich, dass das Völkerrecht eigentlich nicht in den Rahmen eines Nationalrechts passt; da es selbst die Nationen in sich fasst. Graphisch dargestellt ist das Verhältnis folgendes:



Wie zwischen a—k oder α—ε u. s. w. das von dem Staate A oder B gegebene Privatrecht gilt, und wie zwischen a—k

oder α—ε und dem Staat A oder B öffentliches nationales Recht gilt, so gilt zwischen den Staaten A, B, C, D, E u. s. w. das äussere Verhalten untereinander durch das von W. R. gegebene Privatvölkerrecht geregelt, indem analog wie in der niederen Ebene die einzelnen Personen Rechtssubjekte sind, hier der ganze Staat als einzelnes Rechtssubjekt figuriert. Die Beziehungen zwischen den einzelnen Staaten A, B u. s. w. zu dem W. R. würden für diese das öffentliche Völkerrecht darstellen. Dem internationalen Privatrecht a y der unteren Linie, entspricht das internationale Staatenrecht, das Privatrecht der ganzen Völker als solchen.

Schlussbemerkung.

Vorliegende Abhandlung ist gedacht, als der allgemeine Teil einer grösseren Abhandlung, dem sich ein besonderer Teil über die Rechtssystematik und Einzeldarstellungen des Rechts anschliessen wird. — Bei dem grossem Gebiete und der fast unabsehbaren Literatur und der trotzdem nötigen Kürze wird es verzeihlich sein, dass die Literatur nur soweit sie nötig, ja vielfach nur soweit es angebracht war, Berücksichtigung finden konnte. Es sind viele Gebiete berührt worden, die allein einen Berg von Literatur hinter sich haben, und so konnten nur die markanten Konturen und Grundlinien der Auffassung des Verfassers gezeichnet werden.